ISSN: 1390-8014



LAW REVIEW

Un mundo de estados interdependientes
María Cristina Aguirre

Una aproximación al Impuesto a los Ingresos Extraordinarios
Javier Bustos, José Elías Bermeo y Ricardo Montalvo

El área gris entre la relatividad de los contratos y la inclusión de terceros no signatarios en el arbitraje
Adriana Orellana Ubidia

La vulneración a los límites de la potestad reglamentaria en Ecuador
Ricardo Montalvo

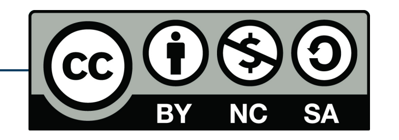


MAYO - 2014
http://lawreview.usfq.edu.ec
Publicación Semestral de la Universidad San Francisco de Quito

LAW REVIEW
Universidad San Francisco de Quito LAW REVIEW

Vol. 1 N° 2
2014

Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec



LAW REVIEW

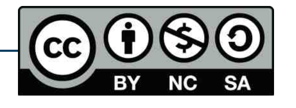
Javier Bustos, José Elías Bermeo y Ricardo Montalvo
jbustos@usfq.edu.ec, jbermeo@estud.usfq.edu.ec, rmontalvo@estud.usfq.edu.ec

Una aproximación al Impuesto a los Ingresos Extraordinarios

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto establecer qué es el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios (IEO) y determinar si éste se ajusta a los principios generales de tributación. Para ello, se ha examinado críticamente su origen, naturaleza y eficacia jurídica de acuerdo a las condiciones de contratación pública que han regido al país durante los últimos años. De esta forma, se busca generar un espacio de análisis sobre estos nuevos tributos, de los que poco se ha escrito y que son una nueva fuente de financiamiento para el Estado.

Palabras claves: *Impuesto a los Ingresos Extraordinarios, contrato de participación, contrato de prestación de servicios, origen, naturaleza jurídica, desequilibrio contractual.*



1. Introducción

En Ecuador, toda sociedad o compañía está sujeta al impuesto a la renta, cuya tarifa para el año 2013 es del 22% sobre la base imponible. Dicho impuesto carga a todo ingreso gravable bajo el principio de renta global[1], proveniente de fuente ecuatoriana o extranjera, percibido por personas naturales o sociedades nacionales o extranjeras.[2]

Sin embargo, se puede obtener una reducción de 10 puntos porcentuales en el impuesto a la renta sobre dicho monto si las utilidades de la sociedad son reinvertidas. Esta reducción tiene lugar

> […] siempre y cuando lo destinen a la adquisición de maquinarias nuevas o equipos nuevos, […] adquisición de bienes relacionados con investigación y tecnología que mejoren productividad, generen diversificación productiva e incremento de empleo.[3]

Asimismo, casi todo tipo de pago realizado al exterior es objeto de retención en la fuente de 22%. El artículo 9 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI) enlista varios ingresos exonerados del pago de este rubro; no obstante, esta lista no incluye pagos por regalías, prestación de servicios, gastos de reembolso, servicios prestados, entre otros.[4]

Las compañías sujetas a la Ley de Hidrocarburos[5] que operen a través de una sociedad constituida

1 Art. 1. Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial Suplemento No. 463 del 17 de noviembre de 2004

2 Art. 37. Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 463 del 17 de noviembre de 2004.

3 *Ibid*

4 ERNST & YOUNG. *Global Oil and Gas tax guide*. Ecuador: 2012. pág. 162.

5 Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No. 711 del 24 de noviembre de 1978.

Producción (P)	Participación mensual máxima del contratista	Participación mensual mínima del Estado
P < 30.000 barriles diarios	87,50%	12,00%
P > 30.000 barriles diarios y P < 60.000 barriles diarios	86,00%	14,00%
P >= 60.000 barriles diarios	81,50%	18,50%

Fuente: ERNST & YOUNG, *Global Oil and Gas tax guide*, 2012

en el país o una sucursal de empresa extranjera, están sometidas a diferentes tributos especiales. En principio, los contratos con el Estado determinan los impuestos, siendo la participación del Gobierno ecuatoriano variable entre un 12.5% y 18.5%.

Según la guía de petróleo y gas publicada por Ernst & Young en el año 2012[6], para determinar la participación en la producción de petróleo de una compañía, el petróleo debe ser separado del agua y debe ser medido en los tanques colectores. El proceso de determinación de participación se lo hace de acuerdo a la tabla que se encuentra al inicio de esta página.

Sin embargo, este método para determinar la participación no se aplica en Ecuador. Históricamente, si bien la modificación del precio del petróleo es un hecho ajeno a las partes, éste generaba ganancias extraordinarias al inversionista. El Estado, a su vez, no veía incrementado su beneficio en la misma proporción, mientras que el empresario había cubierto la inversión incurrida. Las respuestas jurídicas a una situación de este tipo son dos: una modificación al contrato por circunstancias sobrevinientes e imprevisibles que modifican la situación de las partes, o una modificación al régimen tributario para gravar con una impuesto especial a las ganancias extraordinarias.

Precisamente, estas dos medidas tomó el Estado ecuatoriano. Por un lado, las leyes establecieron valores máximos y mínimos en el porcentaje de participación para el Estado y el contratista. Por otro, contemplaron un impuesto particular que grava el patrimonio de las compañías en caso de que exista un ingreso extraordinario, que exceda el previsto en los contratos petroleros. De esta forma, el Estado podía obtener mayores beneficios de los que de por sí ya recibía a través de su participación.

Este impuesto se denomina Impuesto a los Ingresos Extraordinarios. Dada su peculiaridad, esta investigación pretende determinar si éste se ajusta a los principios generales de tributación, y si su aplicación ha sido adecuada, eficiente y eficaz en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para el efecto, dividiremos nuestro trabajo en varias secciones. Primero, explicaremos el origen del Impuesto a los Ingresos Extraordinarios, que guarda una estrecha relación con los cambios en los contratos de participación petrolera celebrados entre el Es-

6 ERNST & YOUNG, *Global Oil and Gas tax guide*, País: Ecuador, 2012, pág. 167.

tado y compañías privadas a través de los últimos años. Posteriormente, analizaremos su naturaleza jurídica y determinaremos si se trata de un impuesto con una base legal o una base contractual. Por último, dilucidaremos si el impuesto es actualmente eficaz, de acuerdo a lo prescrito en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Esto nos permitirá concluir si se trata efectivamente de un impuesto o si la figura es en realidad una extensión de la participación que tiene el Estado en contratos administrativos celebrados entre él y compañías privadas.

2. Origen del Impuesto a los Ingresos Extraordinarios

De acuerdo a Mauro Andino[7], Ecuador es un país que, como política económica, procura que las divisas derivadas de la explotación y producción de ciertos *commodities* se mantengan en el país y constituyan inversión e ingresos fiscales suficientes. Uno de estos *commodities* es el petróleo. La economía ecuatoriana depende en buena parte de la venta de petróleo. Para marzo de 2013, los ingresos petroleros representaron el 57% del total de las exportaciones del país.[8]

Para la exploración y explotación de este recurso, el Estado ha recurrido a la suscripción de contratos administrativos con compañías, delegando esta facultad a privados con capacidad técnica suficiente.[9] La modalidad contractual para realizar esta delegación, desde 1993 hasta 2010 mediante Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos[10], fue la de participación.

En un contrato de participación, la compañía petrolera asume todos los riesgos de la exploración y explotación, incluyendo todos los costos y gastos requeridos para la realización de la actividad. Como contraprestación, recibe una participación pagadera en petróleo o dinero. Si recibe petróleo, adquiere el derecho de dominio sobre los barriles incluidos en dicho porcentaje de participación.[11] Esto quiere decir que las compañías privadas pueden vender los barriles que les correspondan en el mercado, disponer de ellos y así recuperar costos, gastos e inversiones realizadas.

Finalmente, para fijar el porcentaje de la participación de la que es titular cada parte contratante, se realiza una proyección de renta petrolera mediante la inclusión de un precio referencial de dólares por barril. Así, por ejemplo, si dentro de la proyección de ingresos se referenciase un precio de 20 dólares por barril, se acordaría un porcentaje de participación que le permita al contratista cubrir costos y obtener un determinado margen de ganancia con la venta del crudo que se le adjudicase. De esta forma, el contrato de participación constituye un instrumento que determina las condiciones y beneficios de la explotación petrolera y, por tanto, determinan el volumen y distribución de la renta atribuible a cada una de las partes.[12]

7 Mauro ANDINO. Director Nacional de Planificación y Coordinación del Servicio de Rentas Internas y miembro de la Comisión que envió el proyecto de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria d Ecuador para su aprobación por el Congreso Nacional.Entrevista realizada el 16 de abril de 2013 en la ciudad de Quito, Ecuador. Entrevistador: Ricardo Montalvo.

8 Banco Central del Ecuador. Estadísticas Hidrocarburíferas. www.bce.fin.ec

9 Esta facultad de delegación del Estado se encuentra contenida en el artículo 41 de la Ley de Modernización del Estado. Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.

10 Ley No. 44. Registro Oficial 326 de 29 de noviembre de 1993.

11 Carlos Darío ROMERO. *El contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en la legislación petrolera ecuatoriana*. Tesis doctoral. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998.

12 María Gracia OJEDA SALAZAR. *El régimen de contratación y la renta petrolera en ecuador durante el período del 1998-2008*. Tesis de maestría. Quito: FLACSO, 2010. pág. 33.

Al momento de la celebración de los contratos con el Estado ecuatoriano, se fijó en estos un precio promedio mensual efectivo de venta FOB (*Free on Board*) referencial de aproximadamente 15 dólares por barril.[13] Sin embargo, durante el período 2002 – 2006 los ingresos por concepto de exportación de hidrocarburos mostraron un crecimiento promedio anual de 38,1%.

Esto se debió a un inevitable incremento en el precio del *commodity* en el mercado mundial desde 2002.[14] En un reporte del Departamento de Energía de los Estados Unidos (Energy Information Administration)[15] podemos observar el incremento de precios del petróleo entre el 2004 y 2008, que fácilmente llegó a triplicar el precio.

Hubo un aumento en el volumen de las exportaciones y su precio se incrementó, de 12,60 dólares por barril en 2002, a 65,70 dólares por barril en 2006.[16] En consecuencia, los países en los que los ingresos por las exportaciones de petróleo se consideran una gran parte del total del ingreso de sus exportaciones registraron más del doble de ingresos en sus exportaciones de petróleo.[17]

Todo esto conllevó a que se genere un importante desequilibrio a favor de las compañías contratantes, quienes comenzaron a percibir rentas mayores a las proyectadas en los contratos suscritos. Sin embargo, ni la Ley ecuatoriana ni los contratos preveían un ajuste al porcentaje de participación aun cuando los presupuestos contractuales habían cambiado sustancialmente.

Para contrarrestar esta situación, el órgano legislativo expidió la Ley No. 42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos[18], en la que se trató el tema de la participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos. Específicamente, el artículo 2 de dicha ley prescribe lo siguiente:

> Art. (…).- Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen del petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la liquidación, reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de **al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios**. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos. (El énfasis nos pertenece)

Tal como se desprende del artículo, esta reforma legal recayó sobre los ingresos extraordinarios, modificando el porcentaje de participación que había sido otorgado al Estado y a la compañía al momento de la celebración del contrato. De esta forma, la Administración buscó zanjar el desequilibrio contractual que había ocurrido por causas ajenas a su control. Adicionalmente, otorgó una primera definición de

13 María Gracia OJEDA SALAZAR.Op. Cit. pág. 33.

14 UNCTAD Commodity Price Statistics Online Database, tomado de Secretariat of the United Nations Conference on Trade and Development. *Trade and Development Report, 2012*. New York: United Nations, 2012. pág. 10.

15 http://www.eia.gov/dnav/pet/hist/LeafHandler.ashx?n=PET&s=RCLC1&f=D Último acceso: 20 de abril de 2013.

16 Verónica ARTOLA y María Fernanda PAZMIÑO. *Análisis de los fondos petroleros en Ecuador*. Quito: Dirección General de Estudios del Banco Central del Ecuador, 2007. pág. 3.

17 Secretariat of the United Nations Conference on Trade and Development. *Trade and Development Report, 2012*. New York: United Nations, 2012. pág. 8.

18 Ley No. 42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial 257 Suplemento de 25 de abril de 2006.

ingresos extraordinarios que regiría para efectos de la Ley Reformatoria y serviría de base para la creación de un subsecuente impuesto sobre dichos ingresos.

Si bien a través de esta reforma legal el Estado recibía una mayor participación en caso de existir ingresos extraordinarios, los ingresos no fueron suficientes. Por tal razón, el Reglamento Aplicación de ley 42 Reformatoria a Ley de Hidrocarburos modificó la participación del Estado. Ésta se incrementó del 50% al 99% de la siguiente forma:

> Art. 2.- La participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos en los Contratos de Participación para la Exploración de Hidrocarburos y la Explotación de Petróleo Crudo, suscrito con el Estado Ecuatoriano por intermedio de PETROECUADOR, corresponde **al menos al 99% de los ingresos extraordinarios** producidos por la diferencia entre el precio promedio ponderado mensual efectivo de venta FOB del petróleo ecuatoriano realizada por la contratista y el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de la suscripción de los referidos Contratos de Participación, multiplicado por el número de barriles producidos por cada contratista […] (El énfasis nos pertenece)

La fórmula actualmente utilizada por el Gobierno de Ecuador para calcular dicho excedente es la siguiente:

$$IE = (PE - PS) \times Q \times PC$$

IE: Es el Ingreso Extraordinario en el mes de cálculo, expresado en dólares de los Estados Unidos de América.

PE: Es el Precio promedio ponderado mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo, el mismo que no podrá ser inferior al precio de referencia del Crudo […]

PS: Es el precio promedio de venta calendario mensual del mes de suscripción del contrato de participación […]

Q: Es la producción mensual que consta en las respectivas actas de entrega recepción de crudo del Área del Contrato y de los Campos Unificados […]

PC: Es el porcentaje de participación ponderado de la contratista, calculado conforme al Contrato de Participación y Convenios de Operación Unificada […][19]

Si bien todo lo expuesto demuestra que la Administración empezó a aprovechar en mayor medida estos ingresos no previstos al realizar una injerencia en los contratos de participación a través de la ley, tal aprovechamiento se veía únicamente reflejado en la producción y no en el ámbito fiscal.

Por regla general, "el negocio petrolero es técnicamente complejo y genera significativas asimetrías de información entre los operadores y la Administración tributaria, con la consecuente desconfianza y los costos de monitoreo. […] Sólo el operador conoce sus costos, inversiones y precios".[20] En consecuencia, el Estado obtiene esa información indirectamente a través de sus actividades de monitoreo y fiscalización, como en las declaraciones de impuesto a la renta. Esta información no refleja necesariamente el verdadero ingreso o renta de la compañía privada, lo que introduce un elemento de desconfianza.

Por ejemplo, las autoridades pueden desconfiar de los precios de transferencia utilizados por la compañía al momento de realizar una venta, o sospechar que la empresa sobre reporta costos. "Esta descon-

19 Reglamento Aplicación de ley 42 Reformatoria a Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial 193 de 18 de Octubre del 2007.

fianza, combinada con una baja capacidad institucional de control, puede llevar a escoger herramientas de tributación […] que requieren muy poca información, y se basan sólo en el nivel de producción”.[21]

Precisamente, de acuerdo a Andino, en Ecuador se generó esta desconfianza en el ámbito petrolero. El impuesto a la renta que las compañías pagaban era mucho menor del ingreso que en realidad percibían gracias a ciertas estrategias de tributación e incluso de evasión. Por tanto, se decidió crear un impuesto que evite la fuga de capital percibido y que constituya un verdadero y eficiente ingreso para la Administración Tributaria. Este impuesto gravaría objetivamente los ingresos extraordinarios, considerándolos como la diferencia del precio pactado en contratos de participación y el precio del *commodity* en el mercado al momento de su venta. Este impuesto se denominó Impuesto a los Ingresos Extraordinarios y fue creado mediante Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria de Ecuador, publicada en el Registro Oficial 242 de 29 de diciembre de 2007.

Por todo lo expuesto, la creación del Impuesto a los Ingresos Extraordinarios constituyó una medida complementaria a la Ley No. 42 para no permitir que las divisas generadas por los ingresos extraordinarios percibidos por las compañías privadas en contratos de participación salgan del país y puedan constituir un ingreso para el Estado en el ámbito fiscal.

3. Naturaleza del Impuesto a los Ingresos Extraordinarios, ¿contractual o legal?

Una vez analizado el origen del Impuesto a los Ingresos Extraordinarios es necesario identificar su naturaleza. Cabe señalar que el impuesto no se encuentra exactamente definido en la legislación ecuatoriana. Sin embargo, la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria de Ecuador[22] determina sus elementos constitutivos y otorga ciertos conceptos necesarios para su creación.

El artículo 164 de la Ley delimita el objeto del impuesto que radica en gravar “los ingresos extraordinarios obtenidos por las empresas que han suscrito contratos con el Estado para la exploración y explotación de recursos no renovables”. Por tanto, se trata de un impuesto de fuente legal, que al recaer sobre una parte del patrimonio de las empresas, es de recaudación directa.

Cabe recalcar que este hecho generador no se encuentra totalmente determinado sin entender primero qué es un ingreso extraordinario. El artículo 165 otorga un concepto para efectos de la ley, de acuerdo al cual “[…] son ingresos extraordinarios los percibidos por las empresas contratantes que se generen en ventas a precios superiores a los pactados o previstos en los respectivos contratos”. Es decir, los ingresos extraordinarios son los que se encuentran fuera de lo que se prevea en un contrato en el que la empresa contratante posteriormente venda el recurso no renovable a un precio determinado.

El hecho generador depende entonces de que en el contrato se dé un desequilibrio económico ocasionado por un mayor precio en el mercado. Sin embargo, también depende de la proyección del ingreso que se haya pactado en el contrato, cuyos valores determina el Estado. A decir del tratadista Ernesto

20 María Gracia OJEDA SALAZAR. Op. Cit.pág. 42.

21 Guillaume FONTAINE. *Entre el ecologismo utópico y nacionalismo pragmático: El proyecto Ishpingo, Tambococha y Tiputini (ITT) y la gobernanza energética en Ecuador*. Quito: FLACSO, 2007 en María Gracia Ojeda Salazar. *Op. Cit.* pág. 134

22 Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria d Ecuador. Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de diciembre de 2007.

Eseverri[23], el impuesto, por regla general, se ocasiona en ausencia de actividad administrativa. Por consiguiente, el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios no cumple con este requisito al existir un contrato administrativo de por medio.

Si bien los presupuestos fácticos del hecho generador parecen claros, la existencia del impuesto tiene un presupuesto subyacente adicional. Para que se genere un ingreso extraordinario la compañía debe contar con la facultad de disponer de la totalidad o al menos de una parte de recurso no renovable extraído. Esta facultad sólo se otorga mediante la celebración de contratos administrativos de participación. En consecuencia, para que tenga lugar el hecho generador, la compañía contratista necesariamente debió haber celebrado un contrato de participación con el Estado.

Debe tomarse en cuenta que el hecho generador no sólo se restringe a gravar los ingresos extraordinarios de compañías petroleras. Si bien el impuesto se originó con ese propósito, la redacción del artículo extendió la obligación a todos los contratistas en contratos de exploración y explotación. De esta forma, el impuesto grava a todos los ingresos que involucren la venta de recursos no renovables.

Posteriormente, en el artículo 169, al especificar la base imponible, se establece para su cálculo:

> "La base imponible está constituida por la totalidad de los ingresos extraordinarios, constituyendo estos la diferencia entre el precio de venta y el precio base establecido en el contrato, multiplicado por la cantidad de unidades vendidas, a la que hace referencia dicho precio".

Además, el último inciso del artículo prescribe que "para el cálculo de la base imponible se incluirán los ajustes por precios de referencia o precios de transferencia, ajustes de calidad y otros que sean aplicables para efectos de impuesto a la renta". De esta forma se busca prevenir la evasión tributaria o estrategias tributarias que permitan una menor recaudación por parte de la Administración.

El pago de este impuesto debe declararse y realizarse mensualmente dentro del mes siguiente en el que el impuesto haya sido generado, de acuerdo al artículo 168. Esto lo diferencia del impuesto a la renta, que se declara anualmente.[24]

Por último, para evitar que un mismo hecho generador grave dos impuestos muy similares, ya que los ingresos extraordinarios en definitiva también gravan impuesto a la renta[25], se dispuso en el artículo 172 de la Ley Reformatoria para la equidad Tributaria que "El pago de este impuesto constituye gasto deducible para la liquidación del Impuesto a la Renta, conforme lo establece la Ley de Régimen Tributario Interno". De esta forma, el valor pagado por concepto de ingreso extraordinario se considera gasto deducible del pago del impuesto a la renta, a quien lo haya pagado. Así, el impuesto a los Ingresos Extraordinarios constituye un impuesto complementario al impuesto a la renta, con un hecho generador muy específico que, al ser pagado, puede deducirse del impuesto general.

Sin embargo su beneficio tiende a reducir la base imponible del impuesto a la renta (ingresos menos gastos) y no propiamente como crédito tributario para descontar directamente del impuesto.

23 Ernesto ESEVERRI. *Derecho Tributario. Parte General.* Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, Edición 2006, pag. 276.

24 Art. 40. Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial Suplemento 463 de 17 de noviembre de 2004.

25 De acuerdo al artículo 8 numeral 10 de la LORTI, se considera ingreso de fuente ecuatoriana "cualquier otro ingreso que perciban las sociedades y las personas". Por tanto, el ingreso por la venta de recursos no renovables gravaría también impuesto a la renta.

4. La imprevisión contractual

Antes de analizar el tema de este acápite cabe mencionar que los "contratos administrativos de participación" celebrados entre el Estado ecuatoriano y las empresas petroleras, fueron reemplazados en el 2010 por contratos de "prestación de servicios".[26] Los primeros, según el artículo 12 de la Ley de Hidrocarburos son aquellos en los que el contratista "una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato".[27] Su derecho era calculado con base en los porcentajes ofertados. Los segundos, por su lado, son definidos en el artículo 16 de la misma norma y son:

> […] aquéllos en que **personas jurídicas**, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, **se obligan a realizar** para con la Secretaría de Hidrocarburos, con sus propios recursos económicos, **servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera**, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados. [Y] t**endrá derecho al pago de una tarifa por barril** de petróleo neto producido y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista […]28 (El énfasis nos pertenece)

Estas reformas se dieron con el fin de armonizar la ley con la Constitución de 2008, la cual recoge amplias disposiciones que determinan el control del Estado sobre los hidrocarburos. Por ejemplo, el numeral 11 del artículo 261 dispone que el Estado central tiene competencias exclusivas sobre los recursos energéticos, minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales. A su vez, de acuerdo al artículo 313, se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas y los recursos naturales no renovables. El artículo 408 establece que son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos. Por último, en el numeral 15 del artículo 326 se prescribe que la producción hidrocarburífera es considerada un servicio público.[29]

La alteración contractual, en vigencia por la disposición transitoria primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, plantea diferentes plazos en los que todos los contratos debían ser modificados, con la intención de aplicar una nueva figura de distribución de ganancias y lograr adecuada fiscalización en los procesos de exploración, explotación, distribución y comercialización del petróleo.[30] Con dicha figura la parte contratista ya no goza de una participación directa en la venta del barril y su figura pasó a ser la de un *proveedor de servicios*.

La nueva figura contractual, distinta a la que hasta ese momento era aplicada, buscó distribuir de mejor manera las regalías obtenidas por el alza en el precio internacional del petróleo. Esto se puede verificar en la exposición de motivos de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, donde se establece que las ganancias ocasionas por fluctuación en el valor de venta barril producen un beneficio desproporcional para el contratista privado, ocasionando un menoscabo en los ingresos del Estado.

26 Patricio ALBUJA. *La Aplicación de la Teoría de la Imprevisión a los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.* Quito, 2011. pág. 2.

27 Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial No. 711 del 24 de noviembre de 1978. (Reformada en noviembre de 2011.)

28 Ibíd.

29 Daniela PÁEZ. *Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en Ecuador.* Tesis para la obtención del título de abogada. Quito: USFQ, 2012.

30 Byron CRUZ. Manual de petróleos para no petroleros. Quito: 2012.

Por consiguiente, la volatilidad del precio del barril de petróleo reforzó la necesidad de encontrar una fórmula adecuada para restaurar el equilibrio contractual entre las partes (en cuanto al margen de utilidad), razón por la cual el Estado aplicaba la teoría de la imprevisión en los contratos de participación.

A propósito, hay que señalar que existe una línea muy tenue entre la diferencia de la imprevisión contractual y el caso fortuito. La distinción se cristaliza en el cumplimiento o no de la prestación contractual. Es así que, dentro de la primera, efectivamente hay la ejecución de las prestaciones contractuales. En cambio, en el caso de la segunda, hay una "imposibilidad jurídica o física de ejecutar la prestación debida".[31] Para Alberto Spota, la prestación en la teoría de la imprevisión puede cumplirse con la siguiente particularidad:

> […] prestación puede cumplirse, pero a **costa de alterar extraordinaria e imprevisiblemente el equilibrio contractual**, ocasionando una **excesiva onerosidad**, que ofende la buena fe contractual y que significa en quien invoca la fuerza obligatoria del contrato un abuso del derecho […][32] (El énfasis nos pertenece)

Si el Estado fija un precio base por cada barril (42 galones[33]) de petróleo extraído y y lo vende, en caso de incremento en el valor, generaría un lucro extraordinario para la administración (fórmula 99%, véase acápite 1). Sin embargo, si sucede lo contrario, es decir, si el precio de venta es inferior al acordado por las partes, el riesgo debe ser asumido por el contratista. Patricio Albuja analiza la contingencia de esta forma:

> A pesar que si bajan los precios del petróleo, quien asume el riesgo es la contratista puesto que no puede reclamar su pago mensual hasta que suban los precios nuevamente, esa es una circunstancia excepcional y única de este tipo de contratos. Es por eso que he afirmado que no estamos frente a un contrato de prestación de servicios sino a un contrato innominado donde el riesgo de la baja de los precios la asume el contratista, mientras que no recibe ninguna retribución si los precios suben.[34]

Una vez examinada la razón por la cual se introdujo la imprevisión como medida tutelar de los intereses del Estado, es significativo señalar que la teoría fue aplicada en deterioro de los intereses del contratista ya que el mismo no es beneficiario, en ningún momento, de la imprevisión contractual. La misma, en cualquier caso, debería haber sido aplicada para ser provechosa tanto para el contratista como para el contratante.

Por tanto, como se manifestó, si la ecuación económica del contrato cambia, sea por un precio de venta superior o inferior al pactado por las contratantes, la única parte que obtenía un provecho de la teoría de la imprevisión contractual era la Administración. No obstante, con la mudanza de la figura contractual (de participación a prestación de servicios) no cabe la aplicación de dicha teoría, ya que el contratista, como se indicó en líneas anteriores, sólo es un proveedor de servicios.

31 Alberto SPOTA. *Instituciones del Derecho Civil, Contratos,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, Vol. III 1975, págs. 538 y 539.

32 Ibíd.

33 Byron CRUZ. Op. Cit.Quito: 2012.

34 Patricio ALBUJA. *La Aplicación de la Teoría de la Imprevisión a los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.* Quito, 2011, pág. 99.

5. Aplicación actual del Impuesto a los Ingresos Extraordinarios

Al igual que no cabe la teoría de la imprevisión, el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios tampoco es aplicable a los contratos de prestación de servicios puesto que la compañía privada no recibe una cuota de participación sobre la producción, sino un precio como contraprestación por una actividad específica y determinada, trasladando el riesgo de que no se encuentre petróleo al Estado. El contratista nunca adquiere el derecho a beneficiarse de la venta de la parte de la producción que le correspondió ni la vende, por lo que no genera ingreso extraordinario alguno que permita gravar el patrimonio de la compañía. En consecuencia, ya que el impuesto es incompatible con la modalidad contractual aplicada en Ecuador, éste padece de ineficacia recaudatoria en lo relativo a la renta petrolera del país.

Cabe recalcar que, aunque ya no se aplique a los contratos petroleros, el impuesto todavía grava los ingresos extraordinarios derivados de contratos de explotación minera vigentes en el país. Se estima que Ecuador tiene reservas mineras por más de $185.400 millones de dólares.[35] Dada la importancia de este sector estratégico, en estos contratos, de forma similar a los contratos de participación, los titulares de concesiones mineras pueden comercializar libremente su producción dentro y fuera del país. Adicionalmente, se fija en el contrato un precio base con fines tributarios, tal como prescribe el artículo 41 inciso cuarto de la Ley de Minería.[36]

Todo lo mencionado se puede observar claramente en el contrato de explotación minera celebrado entre el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables y Ecuacorriente S.A. Al conferirse al contratista el derecho de comercializar libremente el mineral principal y los minerales secundarios obtenidos en su proceso de producción[37] e incluirse una cláusula fijando el precio base del mineral principal (cobre) a cuatro dólares ($4.00) por libra, el contrato incluyó en su cláusula dieciocho punto tres la siguiente disposición:

> **DIECIOCHO PUNTO TRES. Del Impuesto a los Ingresos Extraordinarios.-**El Impuesto a los Ingresos Extraordinarios […] se aplica al Concesionario Minero en razón del presente Contrato. […] Para efectos de este impuesto se considerarán ingresos extraordinarios a aquellos percibidos por el concesionario minero en la parte en que tales ingresos sean generados en la venta del mineral principal y de los minerales secundarios a precios superiores del Precio Base pactado para cada mineral en este Contrato.

En consecuencia, si bien los sujetos pasivos sobre los que recae el impuesto se ha reducido considerablemente, y casi no resulta un ingreso significativo, éste todavía grava otras fuentes que, según la Administración Tributaria, constituyen ingresos que podrían resultar considerables en el futuro.

6. Conclusión

La legislación ecuatoriana prevé impuestos especiales para las compañías sujetas a la Ley de Hidrocarburos, entre estos el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios. La Ley Reformatoria para la Equi-

35 http://www.revistagestion.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=254:el-ecuador-tiene-reservas-mineras-por--185400-millones&catid=1:noticias-del-dia&Itemid=7

36 Ley de Minería. Registro Oficial 517 Suplemento de 29 de enero de 2009.

37 Cláusula 9.1.2. Contrato de explotación minera. Ministerio de Recursos Naturales No Renovables a favor de la compañía Ecuacorriente S.A., otorgado el 5 de marzo de 2012 ante la Notaría Cuadragésima del cantón Quito, Ecuador.

dad Tributaria de Ecuador establece que este impuesto grava a todos los recursos no renovables; es decir, el impuesto se aplica no solo a la actividad petrolera, sino que se extiende además a otras áreas como la minería.

Si bien se trata de impuesto de fuente legal, del análisis efectuado a lo largo de este trabajo, el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios, más que un impuesto, es una extensión de la participación del Estado en los contratos administrativos celebrados con las compañías petroleras. Esto se debe a que la naturaleza del hecho generador de un impuesto debe basarse en la ausencia de la actividad administrativa, lo que no se evidencia en el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios. Su existencia está evidentemente supeditada al porcentaje de participación que la Administración fije en un contrato administrativo.

Este impuesto fue implementado en el año 2007, cuando estaban vigentes los Contratos de Participación suscritos entre el Estado y las compañías petroleras. Su objetivo fue permitir una mayor recaudación tributaria sobre los grandes ingresos que las compañías petroleras habían obtenido por el precio del petróleo en el mercado. Sin embargo, al presentarse un cambio en la modalidad de contratación para la actividad petrolera se ha puesto en entredicho su utilidad.

La modalidad actual que rige la explotación de hidrocarburos desde el 2010 (prestación de servicios), elimina el presupuesto que constituye el hecho generador de este impuesto. El contratista pierde la posibilidad de adquirir el derecho de dominio sobre los barriles de petróleo para disponer de ellos y el Impuesto a los Ingresos Extraordinarios no llega a gravar los ingresos derivados de estos contratos. En consecuencia, el único ámbito de aplicación de este impuesto se limita tan sólo la actividad minera y no goza actualmente de gran eficacia jurídica.

Bibliografía

Cuerpos normativos

Contrato de explotación minera. Ministerio de Recursos Naturales No Renovables a favor de la compañía Ecuacorriente S.A., otorgado el 5 de marzo de 2012 ante la Notaría Cuadragésima del cantón Quito, Ecuador.

Ley de Minería. Registro Oficial 517 Suplemento de 29 de enero de 2009.

Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.

Ley No. 42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial 257 Suplemento de 25 de abril de 2006.

Ley No. 44. Registro Oficial 326 de 29 de noviembre de 1993.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial Suplemento 463 de 17 de noviembre de 2004.

Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria d Ecuador. Registro Oficial 242 Suplemento de 29 de diciembre de 2007.

Reglamento Aplicación de ley 42 Reformatoria a Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial 193 de 18 de octubre del 2007.

Autoridades

ANDINO, Mauro. Entrevista realizada el 16 de abril

de 2013 en la ciudad de Quito. Entrevistador: Ricardo Montalvo.

ALBUJA, Patricio, *La Aplicación de la Teoría de la Imprevisión a los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos*, Quito, 2011.

ARTOLA, Verónica y María Fernanda Pazmiño. *Análisis de los fondos petroleros en Ecuador*. Quito: Dirección General de Estudios del Banco Central d Ecuador, 2007.

Banco Central del Ecuador. *Estadísticas hidrocarburíferas*. s.f. 20 de abril de 2013 <www.bce.gob.ec>.

CRUZ, Byron. *Manual de petróleos para no petroleros*. Quito: 2012.

Energy Information Administration. *Energy Information Administration*. s.f. 20 de abril de 2013 <www.eia.gov>.

ERNST & YOUNG. *Global Oil and Gas tax guide*. Ecuador, 2012, pág. 167.

ESEVERRI, Ernesto. *Derecho Tributario. Parte General*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2006. pág. 276.

FONTAINE, Guillaume. *Entre el ecologismo utópico y nacionalismo pragmático: El proyecto Ishpingo, Tambococha y Tiputini (ITT) y la gobernanza energética en Ecuador*. Quito: FLACSO, 2007.

OJEDA SALAZAR, María Gracia. *El régimen de contratación y la renta petrolera en Ecuador durante el período del 1998-2008*. Tesis de maestría. Quito: FLACSO, 2010.

PÁEZ, Daniela. *Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en Ecuador*. Tesis para la obtención del título de abogada. Quito: USFQ, 2012.

ROMERO, Carlos Darío. *El contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en la legislación petrolera ecuatoriana.*Tesis doctoral. Quito: Pontificia Universidad Católica d Ecuador, 1998.

Secretariat of the United Nations Conference on Trade and Development. *Trade and Development Report, 2012*. New York: United Nations, 2012.

SPOTA, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil, Contratos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975.

UNCTAD Commodity Price Statistics Online Database, tomado de Secretariat of the United Nations Conference on Trade and Development. *Trade and Development Report, 2012*. New York: United Nations, 2012.

LAW REVIEW

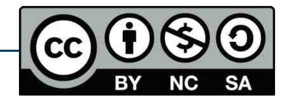
María Cristina Aguirre
cristina.aguirre92@gmail.com

Un mundo de estados interdependientes

Resumen

El presente ensayo tiene como propósito analizar la forma en que opera el Derecho en un mundo de Estados soberanos, pero a la vez, interdependientes. De esta manera, para responder a la pregunta, ¿qué tan eficaces son las normas del Derecho Internacional Público?, es necesario antes analizar el contexto global en que no encontramos situados, así como las circunstancias en que los Estados interactúan. En relación a esto, dos caras de una misma realidad se contraponen: el poder y el derecho. El enfoque principal de esta investigación, será determinar cuál de éstos prima en las relaciones internacionales.

Palabras claves: *Derecho Internacional Público, Estado, fuerza, poder, sociedad, interdependencia.*



1. Introducción

En un mundo en el que la interdependencia es un principio, ya sea entre individuos, Estados, u organizaciones, no es posible el aislamiento. Si bien en un inicio fue factible el funcionamiento de diversas sociedades organizadas que no precisaban necesariamente un contacto permanente y constante entre sí, en la actualidad esto no sería viable.

> Los Estados son independientes entre sí, al menos legalmente: tienen soberanía. Pero eso no quiere decir que se encuentren aislados [...] el uno del otro. Por el contrario, se yuxtaponen entre sí y se influyen mutuamente y por lo tanto, deben de alguna manera encontrar la forma de convivir y tratar con los demás. [...] El aislamiento completo no suele ser una opción.[1]

Los países interactúan en prácticamente todas las esferas de su existencia, con el fin de salvaguardar sus propios intereses, sí, pero finalmente creando lazos y relaciones internacionales. El Derecho Internacional Público, surge como esa herramienta que permite la regulación de las relaciones entre estructuras tan complejas como los Estados, como también de las organizaciones internacionales, las mismas que surgieron a partir del siglo XIX [2] , momento en que paulatinamente comenzó a darse "[…] la transformación de la desorganizada comunidad de Estados en una asociación mundial que ha alcanzado algo muy cercano a un orden social organizado" [3].

1 "States are independent of each other, at least legally: they have sovereignty. But that does not mean they are isolated [...] from each other. On the contrary, they adjoin each other and affect each other and must therefore somehow find ways to coexist and to deal with each other. [...] Complete isolation is usually not an option." Georg Sorensen y Robert Jackson. *Introduction to International Relations: Theories and Approaches*. Oxford: Oxford University Press, 2007 . Pág. 2

2 Max Sorensen. *Manual de Derecho Internacional Público*. 1ª edición. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010. Pág. 99

3 *Ibídem*.

Sin embargo, por medio de una simple acción, como encender el televisor y sintonizar cualquier canal de noticias, es posible evidenciar que, aún cuando existen documentos, normas, principios y organismos creados con el propósito de que las relaciones en la arena internacional se lleven a cabo de manera conjunta, no siempre es posible lograr este balance. Conflictos brotan constantemente alrededor del globo, y, si bien existen creyentes en el sistema de Estados y su eficacia, hay quienes se resignan a afirmar que en un universo en el que cada uno vela por sus propios intereses, lo relevante al final del día es el poder.

El peligro se percibe aún más inminente cuando nace el cuestionamiento, ¿si los países son soberanos, puede acaso ejercerse un poder coercitivo si no se acogen a lo que hayan acordado en acuerdos bilaterales o multilaterales? ¿Es posible que sean vinculantes instrumentos normativos internacionales en un sistema de unidades independientes? ¿Serán suficientes la costumbre, las normas y los principios de Derecho para comprometer la voluntad de los Estados y someterlos al sistema internacional?

Estos cuestionamientos se encontrarán resueltos a lo largo del presente análisis, el mismo que tiene como enfoque principal determinar los ámbitos en que el Derecho Internacional Público logra asegurar el cumplimiento de las obligaciones y derechos que cada Estado tiene, así como también aquellos en los que resulta ineficaz. Además, se examinará la observancia del principio *pacta sunt servanda* y el de primacía del Derecho Internacional en el caso específico de Ecuador y su ordenamiento jurídico interno.

2. Ámbitos en los que el Derecho Internacional Público resulta eficaz

Existen ámbitos dentro de la arena internacional en los que el Derecho Internacional Público resulta eficaz para asegurar que los Estados cumplan con sus obligaciones y derechos y otros en los que no. Es claro que el principal aspecto en el que resulta realmente efectivo, es en el progreso de la relaciones entre Estados *per se* [4] .

La Comunidad Internacional no siempre ha sido la que hoy conocemos. Ésta, pasó de ser un primitivo conjunto de sociedades aisladamente organizadas, a paulatinos contactos entre las mismas, hasta conseguir un vasto alcance de interdependencia y cooperación entre países [5]. El surgimiento de las organizaciones internacionales logró la formación de organismos para tratar los diferentes problemas globales, pero sobre todas las cosas, plataformas para que la voz de todos los Estados sea escuchada.

Si bien muchos afirman que lo predominante en las relaciones internacionales siempre será el poder, la existencia de este tipo de órganos, más allá de contrarrestar la preeminencia del mismo, da paso a un régimen en que la igualdad soberana de los países y el Derecho tienen lugar; uno en el que el poderío de cualquier Estado no va de la mano con la exigibilidad de sus derechos dentro del ámbito internacional [6].

Sorensen identifica tres etapas de desarrollo de las organizaciones internacionales,

4 Notas de la clase de *Derecho Internacional Público*. Profesor: Juan Pablo Albán. Universidad San Francisco de Quito, 2011

5 Max Sorensen. *Manual de Derecho Internacional Público*. 1ª edición. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010. Página 99.

6 *Carta de las Naciones Unidas*. San Francisco, 1945.

> […] el primero de dichos períodos puede considerarse comprendido entre el Congreso de Viena (1814 - 1815) y el comienzo de la primera Guerra Mundial (1914). El segundo es el que media entre las dos guerras […] El tercer período, que llega hasta el presente, y que es de continua evolución, se inició con la fundación de las Naciones Unidas, en 1945 [7].

Esta última, consiste en la más grande organización de Estados y tiene como propósitos máximos la mantención de la paz y la seguridad mundial, el fomento de las relaciones de amistad y la cooperación entre Estados [8]. Dentro de la Organización de Naciones Unidas (ONU), existen órganos destinados para la mayoría de problemáticas mundiales [9]. Se encuentra compuesta por una serie de organismos principales, tales como la Asamblea General, la misma que se encuentra conformada por todos los integrantes de la organización y en la que todos tienen un voto [10].

Otro órgano importante, es el Consejo de Seguridad, el mismo que tiene la "responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacional" [11] , además de la facultad de autorizar el uso de la fuerza y cuyas resoluciones son las únicas vinculantes dentro de la organización [12]. Éste se encuentra compuesto por quince miembros, de los cuales diez son no permanentes y cinco sí lo son [13].

Deben reconocerse además, los esfuerzos de esta organización en el desarrollo del Derecho Internacional, apoyando a la creación de cuerpos normativos, tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982) y el Tratado de Comercio de Armas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de abril del presente año [14] , que han permitido la consecución de una serie de acuerdos entre los Estados, que sin la existencia de una organización no hubiese sido posible. Al ser el Derecho Internacional Público anterior a la existencia de este tipo de organizaciones, éste tiene el papel de regular las potenciales relaciones entre actores internacionales y la labor y funcionamiento de estos organismos. Sin las bases de este Derecho, probablemente, la institución de estos nuevos actores con fines co-operacionales hubiese resultado completamente ineficaz.

Otro ámbito en el que el Derecho Internacional ha probado ser efectivo, es el ya mencionado Derecho del Mar. En relación con este ámbito, la mayoría de normas codificadas encuentran su fuente en la costumbre. Los países, antes de la existencia de normativa referente a la materia, basaban sus actos marítimos siguiendo reglas que consuetudinariamente se aceptaban como válidas. Posteriormente, se encontró la necesidad de, por medio de convenciones, sentar por escrito lo que ya se consideraba regla [15].

Entre los principales documentos referentes a esta materia se encuentra, la Convención sobre Plataforma Continental (1958), la Convención sobre la Alta Mar (1958), la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, (1958) y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR 1982). Esta última, consiste en uno de los instrumentos internacionales más ratificados en la historia, siendo así que 149 países forman parte de

7 Max Sorensen. *Manual de Derecho Internacional Público.* 1ª edición. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010. Página 99.

8 Artículo 1. Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 1945.

9 Naciones Unidas. www.un.org

10 Capítulo 4. Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 1945.

11 Artículo 24. Ibídem.

12 Capítulo 5. Ibídem.

13 Estos cinco países son: Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Rusia y China.

14 United Nations Office for Disarmament Affairs. http://www.un.org/disarmament/convarms/ArmsTrade/ [1]

15 Notas de la clase de Derecho Internacional Público. Profesor: Juan

ella [16]. A partir de la CONVEMAR, se creó el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), órgano judicial independiente cuyo propósito es la resolución de disputas en lo referente a la aplicación e interpretación de las normas contenidas en la Convención; además tiene jurisdicción para resolver contiendas que surjan de otros tratados multilaterales que le confieran dicha potestad.[17] De acuerdo con la información oficial de este órgano, a la fecha, veintiún casos se han presentado ante el tribunal, evidenciando así que, no únicamente existe normativa, sino que existe un órgano para resolver conflictos sobre su correcta aplicación.[18]

Un prominente caso presentado ante este tribunal es la disputa respecto a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala.[19] El caso inicia a partir de una misiva enviada al tribunal en el año 2009 por parte del gobierno de la República de Bangladesh aseverando que ambos países -Bangladesh y Myanmar- habían decidido con anterioridad acogerse a la jurisdicción del TIDM.[20] En consecuencia, solicitó que este tribunal resolviera la controversia (determinación de límites de mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental).

El fallo es emitido en el año 2012 [21] , el que, luego de un extensivo análisis legal, así como geográfico e histórico del caso, estableció un claro límite marítimo entre Bangladesh y Myanmar, así como, por primera vez, resolvió que la zona económica exclusiva de ambos Estados siga la prolongación natural de la línea de demarcación en un ángulo de 215º [22]. Esta decisión constituye un fuerte precedente para próximos casos, dado que es la primera vez que este tribunal se declara con jurisdicción para regular límites dentro de la plataforma continental.[23] Además, reafirma la eficacia de este tribunal, pues dentro de un período razonable de tiempo, proveyó una solución justa y pacífica para ambas partes del caso.

Adicionalmente, el TIDM tiene competencia para otorgar opiniones consultivas acerca de cuestiones legales en caso de que "[…] se presenten dentro del ámbito de las actividades de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos […] [y] en ciertos casos bajo acuerdos internacionales con los fines de la Convención".[24] La solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca (SRFC) es un claro ejemplo de este tipo de procedimiento. Dentro de esta solicitud, la organización anteriormente mencionada recurre al tribunal para aclarar aspectos legales concernientes a la actividad pesquera y la responsabilidad de los Estados cuyas banderas llevan las naves en caso de que dicha actividad sea declarada como ilegal o no. Dado que dicha solicitud se emitió el 28 de marzo del presente año, el tribunal aún no responde a la consulta [25].

El Derecho Internacional Público demuestra ser eficaz en aquellos aspectos en los que el consenso de los Estados pueda lograrse, como la representa-

Pablo Albán. Universidad San Francisco de Quito, 2011

16 Ibídem.

17 International Tribunal for the Law of the Seas. www.itlos.org

18 Ibídem.

19 Case No. 16: Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar). Ibíd.

20 Siglas por las que se conoce al tribunal.

21 Contentious Cases: www.itlos.org

22 Case No. 16: Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar). Ibíd.

23 Ibídem.

24 "The Seabed Disputes Chamber is competent to give advisory opinions on legal questions arising within the scope of the activities of the International Seabed Authority. The Tribunal may also give advisory opinions in certain cases under international agreements related to the purposes of the Convention. " International Tribunal for the Law of the Seas. www.itlos.org

25 Cases - Advisory Proceedings. Ibíd.

ción en las relaciones internacionales y las inmunidades que poseen quienes ejercen este tipo de cargos. Su eficacia se basa en el interés de todos los Estados en que haya comunicación y que ésta se dé dentro de un marco en el que el respeto a los derechos de sus representantes se vea asegurado [26].

3. Ámbitos en las que el Derecho Internacional Público resulta ineficaz

Sin embargo, existen aspectos de la vida internacional en los que el Derecho Internacional Público resulta verdaderamente poco factible. Un ejemplo de esto es el caso de responsabilidad internacional. En este sentido, González Napolitano establece,

> El Estado incurre en responsabilidad internacional cuando viola una obligación internacional en vigor, cualquiera sea su fuente (sea un tratado internacional, sea una norma consuetudinaria), a la que se denomina "norma primaria". La responsabilidad internacional genera una nueva obligación: la de reparar el perjuicio causado.[27]

Si bien existe el concepto de responsabilidad internacional, ¿cómo lograr que un Estado independiente asuma responsabilidades cuando se rehúsa a hacerlo? La comunidad internacional ha optado por imponer medidas coercitivas que, no siendo físicas, garantizan su efectividad al tiempo que respetan los límites del Derecho Internacional Público. Dichas medidas, son generalmente de tipo económico.

Efectivamente han existido casos en los que se ha determinado la responsabilidad de los estados. Por ejemplo, cuando la Corte Internacional de Justicia juzgó los actos genocidas que tuvieron lugar en el territorio de la antigua Yugoslavia, concluyendo que Serbia era responsable y que debía reparar sus daños.[28] Debe entenderse que el cumplimiento de las sentencias e incluso, el sometimiento ante cualquier tribunal internacional, depende de la misma voluntad de los Estados.

Pueden observarse otros casos, como el de Estados Unidos y la base de Guantánamo [29] , en el que claros abusos a los derechos humanos se llevan a cabo, pero al no someterse a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dado que no ratificó el Pacto de San José, no pueden llevarse a juicio. Por otro lado, al ser parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), Estados Unidos sí se encuentra sujeto al análisis e investigación por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo reiteradamente ha rehusado cumplir con sus recomendaciones, calificado sus medidas cautelares como "no vinculantes de naturaleza".[30] Asimismo, el silencio del Consejo de Seguridad con respecto al asunto, refleja el poder que tiene Estados Unidos, al ser uno de sus cinco miembros permanentes y con poder de veto. Es evidente cómo principios, como el de igualdad soberana, no son

26 Notas de la clase de Derecho Internacional Público. Profesor: Juan Pablo Albán. Universidad San Francisco de Quito, 2011

27 Silvina González Napolitano. «RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS ILÍCITOS» Buenos Aires. No se encontraron fechas de creación.

28 "En el caso concerniente a la Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, la Corte Internacional de Justicia determinó que si bien Serbia no había cometido genocidio, era responsable por haber violado su obligación de "prevenir" la comisión de genocidio y su obligación de transferir a uno de los acusados de cometer genocidio y complicidad en genocidio para su juzgamiento por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia." Silvina González Napolitano. «RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS ILÍCITOS» Buenos Aires.

29 Amnesty International. «USA GUANTÁNAMO: A DECADE OF DAMAGE TO HUMAN RIGHTS» Amnesty International Publications. London: Amnesty International Publications, 1- 31 de December de 2011.

30 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESPONSE OF THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES TO REPORT 109/00, CASE NO. 12.243 (JUAN RAUL GARZA). N° 12. 243.

completamente cumplidos en la arena internacional.

4. Conclusión: ¿El Derecho Internacional Público funciona?

En palabras de Max Sorensen, "el Estado, lo mismo que el hombre, tiene que vivir en sociedad" [31]. De esta manera, se evidencia que, como ha sido establecido a lo largo de este análisis, los países del mundo actual no son unidades completamente independientes sin necesidad de construir lazos de unión unas con otras. Por el contrario, son sociedades jurídicamente organizadas que interactúan entre sí constantemente, ya sea con fines políticos, económicos o de cualquier tipo, pues conducirse en conjunto resulta en muchas ocasiones más beneficioso que hacerlo individualmente.

Al momento, gran parte de los problemas que acaecen a las sociedades alrededor del mundo, se han tornado en asuntos de interés internacional y no únicamente local. En este sentido, para que los intereses comunes se alcancen de forma efectiva, es necesario que las relaciones entre Estados tengan regulaciones claras para su actuación. Por esta razón, es indispensable la existencia de normas y principios que sean respetados, y es ahí donde se evidencia la importancia del Derecho Internacional.

Es claro que este Derecho no consiste en un mecanismo perfecto. Sin embargo, sí constituye un sistema jurídico que permite que las relaciones entre los diversos actores de la Comunidad Internacional –no sólo los Estados- opere dentro de un marco delimitado de Derecho y costumbre que permita regular su actuación. En consecuencia, es claro que el fin último de su existencia es viabilizar las relaciones internacionales para que la consecución de un ambiente pacífico y libre de conflictos sea posible.

Si bien el Derecho Internacional sí resulta eficaz en muchos ámbitos, en última instancia, su viabilidad depende de la voluntad de cooperación que tengan los países. Es indiscutible la acogida que tienen iniciativas como la creación de instrumentos normativos para el afianzamiento de un 'Derecho del Mar', debido a que refiere a un aspecto que interesa a todos los Estados y que al haberse recogido costumbres que llevaban tiempo practicándose, no afecta sus potenciales intereses, sino, que mas bien protege sus derechos y establece un campo de acción para cada uno de los posibles afectados.

Sin embargo, de la misma forma es evidente la manera en que varios temas, tales como lograr el desarme de las naciones, resulta de cierta forma utópico. En un mundo ideal, todos quienes forman parte de la arena internacional confiarían en los demás, sintiéndose así lo suficientemente cómodos como para prescindir de sus armas, cimentándose en la cooperación y el propósito de eliminar toda amenaza a la paz, plasmado en la Carta de las Naciones Unidas, especialmente en su primer artículo.

> Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
>
> 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al

31 Max Sorensen. Manual de Derecho Internacional Público. 1ª edición. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010. Página 88.

principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos […] [32]

A pesar de que muchos esfuerzos pueden realizarse, los países que tengan en su posesión armas de destrucción masiva o cualquier tipo de instrumento con la capacidad de causar graves afectaciones a la población mundial, no se desharán de ellas. Esto se debe al latente miedo de recibir un potencial ataque armado y no tener la opción de defenderse; alegan la seguridad y la '*protección*' de la población civil, la que irónicamente se encuentra amenazada por la posesión de dichas armas. En este sentido, desarmarse, implica confiar en que los demás no atacarán, y ese es un riesgo que ningún Estado está dispuesto a afrontar. Existe una permanente paranoia de ser atacados, por lo que ningún país tiene la iniciativa de dejar las armas. Por el contrario, emiten declaraciones como 'no seremos los primeros en usar armas nucleares', lo que no descarta un posible ataque [33] , sino que deja una ventana abierta a ello.

El Derecho Internacional Público consiste en ese mecanismo que busca mantener el orden así como la paz y la seguridad internacional a través del establecimiento de patrones de comportamientos para los Estados. Aún cuando el poder juegue un papel central a la hora de entablar relaciones internacionales, las normas, los principios y lineamientos de este Derecho son los que a lo largo de la historia han dado lugar a una mayor estabilidad en la arena internacional.

La Comunidad Internacional es una creación de los Estados, un trabajo en conjunto que se ha construido y desarrollado con el pasar de los años, por lo tanto no es posible exigirle perfección. Ésta se encuentra en constante cambio, adaptándose a las necesidades de sus integrantes. La formación de organizaciones internacionales como la ONU, a la que la mayoría de países pertenecen y en la que se discuten temas de importancia mundial, ya constituye un gran logro para la humanidad. Deben valorarse los avances logrados y proponerse nuevos esfuerzos a realizarse con el fin de alcanzar un consenso en los ámbitos que causan controversia. En este sentido, una de las principales metas de la comunidad internacional debe ser fortalecer el marco normativo del Derecho Internacional Público, para dirigirnos con mayor rapidez hacia una sociedad internacional en la que el poder no sea el eje predominante, sino la justicia.

Bibliografía

Asamblea Constituyente de Montecristi. Constitución de la República del Ecuador. San Francisco de Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011

Barbé , Esther. Relaciones Internacionales. 2ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 1945.

Convención de Viena de 1969

González Napolitano, Silvina. «RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS ILÍCITOS.» Buenos Aires.

International, Amnesty. «USA GUANTÁNAMO: A DECADE OF DAMAGE TO HUMAN RIGHTS.» Amnesty International Publications. London: Amnesty International Publications, 1- 31 de December de 2011.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho Internacio-

32 Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 1945.

33 United Nations Office for Disarmament Affairs. http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/

nal Público . 5ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 2002.

Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 36ª edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta , 2010.

RESPONSE OF THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES TO REPORT 109/00, CASE NO. 12.243 (JUAN RAUL GARZA). N° 12.243 . Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Saltos Saltos, Gioconda. Manual de Derecho Internacional Público. 1ª edición. Quito : CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, 2010.

Savater, Fernando. Política para Amador. 1ª edición. Barcelona: Editorial Aula Ariel, 1992.

Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. 1ª edición. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010.

Sorensen, Georg et Robert Jackson. Introduction to International Relations: Theories and Approaches. Oxford: Oxford University Press, 2007 .

LAW REVIEW

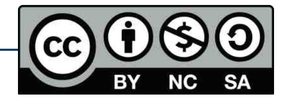
Adriana Orellana Ubidia
adriana.orellana@estud.usfq.edu.ec

El área gris entre la relatividad de los contratos y la inclusión de terceros no signatarios en el arbitraje

Resumen

El presente ensayo tiene por objeto analizar si las teorías de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios se contraponen con el principio de la relatividad contractual. Para llegar a una respuesta se ha examinado varias jurisprudencias donde se ha determinado que es posible incluir a un tercero no signatario al proceso arbitral con base en el consentimiento implícito. Así, intentaré demostrar que en base a conductas manifestadas antes, durante o después de la celebración del convenio arbitral, se puede consentir al arbitraje a pesar de no haber suscrito el mismo y, además, sin provocar una colisión con el principio res inter alios acta.

Palabras claves: Arbitraje, convenio arbitral, relatividad contractual, terceros no signatarios, consentimiento implícito, actos propios, *res inter alios acta*.



1. Introducción

Siendo el principio *res inter alios acta* fundamental en el derecho, no cabría pensar que un acuerdo realizado entre dos partes pueda posteriormente afectar la esfera jurídica de un tercero que no celebró contrato alguno. Sin embargo, dentro de un arbitraje, la teoría de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios hace que esto sea posible.

El hecho de que exista la posibilidad de vincular a un tercero a un procedimiento arbitral, en virtud de una cláusula que no ha consentido de manera expresa, hace notar que parecería existir una contradicción entre el principio de la relatividad contractual y, además, con el de la necesidad del consentimiento para someterse al arbitraje. Sin embargo, en el presente ensayo se intentará demostrar que no es del todo precisa aquella apreciación por lo que no se produce ninguna contradicción con el principio de la relatividad de los contratos, debido a que es posible flexibilizar la visión que se tiene de dicho principio. En consecuencia, la seguridad jurídica del arbitraje no se ve vulnerada y los principios fundamentales del derecho mantienen su armonía.

2. La piedra angular del arbitraje: El consentimiento

La existencia de un convenio arbitral es el requisito procesal *sine qua non* para que un tribunal arbitral sea competente para resolver sobre el fondo de la controversia. A fin de que exista dicho convenio, en palabras de Fouchard, es necesaria “una concurrencia de manifestaciones de voluntad real de las partes para someterse a arbitraje y, de no existir

ésta, el convenio adolecerá de falta de consentimiento."[1] De la misma manera, González de Cossío establece que el consentimiento es un requisito de existencia del acuerdo arbitral sin el cual el acto jurídico es inexistente. A falta de dicho requisito de existencia, se estaría en presencia de la nada jurídica puesto que *ex nihilo nil fit*.[2]

Debido a que la cláusula arbitral es una renuncia a ser juzgado por los tribunales ordinarios, trae consigo una trascendencia tal, que hace imprescindible la existencia de una voluntad expresa e inequívoca.[3] Por esta razón, el consentimiento es considerado como la piedra angular del arbitraje, ya que sin éste sería imposible activar la vía arbitral.

De la necesidad de la existencia de éste consentimiento se deriva la regla de que una parte no puede estar sujeta a un acuerdo de arbitraje a menos que por su voluntad se haya atado al mismo.[4] La Corte Suprema de los Estados Unidos ha corroborado ésta tesis en el caso *AT&T Technologies c. Communications Workers* al argumentar que:

> El arbitraje es una cuestión de convenio y una parte no puede ser obligada a someter a arbitraje cualquier disputa que no se ha comprometido a someter. Este axioma reconoce el hecho de que los árbitros derivan su autoridad para resolver disputas sólo porque las partes han convenido de antemano a presentar dichas quejas ante un proceso arbitral.[5]

Finalmente, para cerrar este primer punto, podemos agregar que muchos cuerpos normativos, tanto nacionales como internacionales, mencionan la importancia de la presencia expresa de este consentimiento para que las partes puedan someterse a un procedimiento arbitral. Tenemos por ejemplo la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, que en sus artículos 4, 5 y 6 menciona que se debe dejar constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. También tenemos la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional cuyo artículo 7 enfatiza que el acuerdo arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje sus controversias.

De esta manera, podemos llegar a una primera afirmación categórica, en las palabras de William Park: "así como el romance consumado, el arbitraje se basa en el consentimiento."[6]

3. El principio Res inter alios acta

Este principio denominado "principio del efecto relativo de los contratos" establece que las reglas contractuales no pueden obligar a terceros. Su razón dogmática se basa en que el contrato es un acto jurídico bilateral con fuente en la autonomía privada y sólo causa obligaciones para quienes lo celebran.[7] Es así que los efectos jurídicos de un contrato son limitados, y por ello se dice que no pueden perjudicar a terceros si es que no han participado en su celebración. Esta regla se encuentra expresada en el Código Civil ecuatoriano que dispone

1 Fouchard, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1999, p. 255.

2 Cfr. Francisco González de Cossío. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 63.

3 Fouchard, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1999, p. 260.

4 George A. Bermann. "The Gateway Problem in International Commercial Arbitration." *The Yale Journal of International Law* , p. 5.

5 Corte Suprema de los Estados Unidos. *At&T Technologies c. Communications Workers*. Caso N° 475 U.S. Sentencia de 7 de abril de 1986.

6 William W. Park. "Non signatories and International Contacts: an Arbitrator's Dilemma". *Multiple Party Actions in International Arbitration 3*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1.

7 Ricardo Luis Lorenzetti. *Tratado de los Contratos. Parte General.* Segunda Edición. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2010, p. 492.

en su artículo 1561 lo siguiente: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

En palabras de Spota, el contrato, por definición, tiene como consecuencia establecer, conservar, transmitir, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales entre sus otorgantes y, por regla general, entre sus sucesores universales; pero no sucede lo mismo en cuanto a terceros ajenos a esa relación pues no hay carga alguna que pese sobre ellos[8]. Asimismo, como los terceros no están involucrados en los contratos que no han celebrado, tampoco éstos pueden invocar los contratos cuya voluntad no ha concurrido a formar la convención, por lo que no les genera ningún derecho a su favor. Con esto dicho, es posible extraer dos reglas del mencionado principio: la primera es que los efectos de los contratos se producen entre las partes y la segunda regla es que los contratos no pueden ser opuestos a terceros, ni invocados por ellos.

Aplicando estas reglas en materia de arbitraje es necesario establecer que, para que sea viable un proceso arbitral se requiere la voluntad manifiesta de las partes para que los árbitros sean competentes, tal como señala el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación. En virtud del principio *res inter alios acta* , el convenio arbitral únicamente surte efectos jurídicos para las partes que lo han suscrito, ya que tan solo éstas demuestran su intención de acudir a la vía arbitral.[9] Ratificando éste argumento, Patricio Aylwin Azócar explica que las convenciones sólo afectan a las partes que expresan su voluntad, ya que sin esta manifestación de voluntad no se puede extender los efectos del convenio a ninguna otra parte.[10]

La jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso Procter & Gamble c. Agencia Almadena S.A., decidió que "el arbitraje solo puede producir efectos para las partes que lo han convenido, ya que son ellas las que han concurrido al pacto."[11] Asimismo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el caso CCI No. 6519, resolvió que "se aplica la cláusula arbitral solo a la parte que intervino en el negocio y no se la extiende a otras partes relacionadas por no haber tenido una participación efectiva en éste."[12] La razón de ser de este principio es evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a someter sus determinadas controversias a arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales de la justicia ordinaria.[13]

Por lo tanto, al convenio arbitral, al ser un negocio jurídico, se le aplica el principio de la relatividad y, en consecuencia, éste no puede influir en la esfera jurídica de terceros. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que los principios analizados se encuentran muy enraizados en la doctrina, se ha desarrollado la teoría de la extensión de los efectos de un acuerdo arbitral, la misma que será analizada a continuación.

8 Cfr. Alberto Spota. *Contratos Instituciones del Derecho Civil.* Argentina: La Ley, 2009, p. 294.

9 Fouchard, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration.* Cambridge: Kluwer Law International, 1999. p. 289.

10 Patricio Aylwin Azócar. *El Juicio Arbitral.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 220.

11 Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. *Procter & Gamble c. Agencia Almadena S.A.* 2 de Junio de 1999.

12 CCI No.6519. Cámara de Comercio Internacional. 1991

13 Cfr. Eduardo Silva Romero. *El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje.* Lima Arbitration, 2010 / 2011, p. 56.

4. La colisión de principios: El dilema de los árbitros

A pesar de lo explicado en líneas anteriores, existen árbitros que se declaran competentes para conocer casos que involucran a entidades o individuos que nunca firmaron o acordaron expresamente una cláusula arbitral. Al respecto, Roque Caivano comenta que no hay dudas acerca de la posibilidad de incorporar al juicio arbitral a quien no ha sido firmante de la cláusula arbitral ya que el solo hecho de no ser firmante directo del acuerdo no implica que no pueda verse obligado por sus efectos.[14]

En este sentido, la abolición del requisito de la firma en los convenios arbitrales tiene implicancias importantes, como que la determinación de la existencia del consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rúbrica, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante como lo es un acuerdo de voluntades.[15] Lo anterior se puede ver reflejado dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana que en su artículo 6 menciona lo siguiente:

> Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Frente a esta posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios surgen varios conflictos entre principios fundamentales, por lo que son los árbitros quienes deben ponderar en el caso concreto.

Uno de estos conflictos que se deriva de la expansión del alcance de la cláusula arbitral es la tensión entre la flexibilidad del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos y la seguridad jurídica que se espera de todo proceso. Por un lado, se trata de mantener la naturaleza consensual del arbitraje, pero por otro también se trata de mantener la efectividad práctica del laudo al maximizar su alcance, extendiendo los efectos de la cláusula a terceros no signatarios.

5. Teoría de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios

Ahora pasaremos a desarrollar los argumentos pertinentes sobre la teoría de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral o como es llamada en el derecho anglosajón, *joinder*. En primer lugar, trataremos algunas precisiones conceptuales en cuanto al nombre que se le ha dado a la teoría. Luego pasaremos a analizar las razones por las que los efectos de la cláusula alcanzan a terceros y finalmente conoceremos el medio por el que estos terceros son vinculados al proceso a través de su consentimiento implícito.

5.1 Precisiones conceptuales

Dentro de la tradición continental, la teoría en análisis es llamada "extensión de los efectos de un acuerdo arbitral", en tanto en la tradición anglosajona es llamada " *joining non-signatories* " o unir a no

14 Cfr. Roque Caivano. *El Arbitraje y Grupo de Sociedades. Extensión de los Efectos de la Cláusula Arbitral a quienes no han sido Signatarios*. Lima Arbitration. (2006), p. 124.

15 Cfr. Francisco González de Cossío. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008.

signatarios.

Según el profesor William Park, estas expresiones no son las precisas por las siguientes razones: en primer lugar, "extensión" de una cláusula arbitral podría sugerir una imposición de un deber más allá del círculo de aquellos quienes han aceptado la jurisdicción arbitral. Esto, tomando en cuenta que el consentimiento, incluso el que se encuentra implícito de las circunstancias, se mantiene como la piedra angular del arbitraje.

De la misma manera, " *joining non-signatories* " (unir a no firmantes) podría ser mal interpretado al asumir que las firmas de las partes en el convenio arbitral son necesarias para crear el vínculo que obligue a las partes a arbitrar, cuando muchos sistemas legales desarrollados reconocen los acuerdos arbitrales que no han sido firmados.[16]

En efecto, los nombres que se han dado en la teoría no son los más precisos, ya que se considera que por el equívoco en la denominación se ha creado la idea que la posibilidad de vincular a terceros es una contraposición al principio *res inter alios acta*. En primer lugar porque estos "terceros" no son del todo ajenos a la relación contractual y, en segundo lugar, porque el consentimiento puede ser expresado de diversas maneras una de ellas por ejemplo es la expresión del consentimiento de manera implícita. Es por esta razón que se plantea un cambio de nombre a esta teoría y se propone el nombre de *pacto arbitral contraído por medio del consentimiento implícito*. Las justificaciones para proponer este nombre serán analizadas en los siguientes puntos a tratar.

5.2 El núcleo del interés negocial como fundamento para la extensión de los efectos

El fenómeno de la extensión de la cláusula arbitral puede darse cuando un tercero no signatario manifiesta su consentimiento con el negocio jurídico a través de un medio distinto a la suscripción del mismo.[17] Por este motivo, la doctrina establece que el solo hecho de no ser firmante directo del acuerdo o parte formal, no implica que no pueda verse obligado por sus efectos.[18] A la parte sustancial o aquella titular de los intereses negociales se le pueden extender los efectos de un contrato ya que como los explica Messineo: "parte no es específicamente toda persona que concurre a la celebración del contrato sino solamente aquellas que configuran el "centro de intereses del negocio."[19]

Los sujetos que conforman el núcleo del interés negocial, como lo menciona Alessandri, pueden manifestar dos calidades: (i) parte formal y (ii) parte sustancial. La parte formal se define como aquella que concurre a expresar su voluntad en la celebración del negocio jurídico; mientas que parte sustancial puede ser definida como aquella que es titular de los intereses negociales que constituyen la relación jurídica.[20] Generalmente, en los negocios jurídicos tanto la calidad formal como la sustancial

16 Cfr. William W. Park. "Non signatories and International Contacts: an Arbitrator's Dilemma". *Multiple Party Actions in International Arbitration 3*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 2.

17 Hugo García Larriva. "Partes No Signatarias del Convenio Arbitral: Entre la Realidad Económica y la Ficción Jurídica". *Revista de Arbitraje* (2011), p. 15

18 Cfr. Roque Caivano. "El Arbitraje y Grupo de Sociedades. Extensión de los Efectos de la Cláusula Arbitral a quienes no han sido Signatarios". *Lima Arbitration* (2006), p. 4

19 Francesco Messineo. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

20 Cfr. Arturo Alessandri. y Manuel Somarriva. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo segundo.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 407.

suelen concurrir en una misma parte. Sin embargo, es posible que estas calidades se encuentren en partes distintas, pero confluyendo en fin, en un mismo centro de interés del negocio.

Es así que si la parte sustancial o aquella titular de los intereses negociales se encuentra disociada de la formal no impediría que los efectos jurídicos del negocio se afinquen en la primera, como si hubiese intervenido directamente.[21] En los laudos preliminares sobre competencia, dictado en los casos de la Cámara de Comercio Internacional CCI No.7604 y CCI No.7610, se resolvió que corresponde:

> […] la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, lo que lleva a considerar a ese tercero como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral.[22]

Por tanto, es el interés real el que debe vincularse mediante acuerdo de arbitraje. Esto implica, en definitiva, identificar la realidad económica subyacente a la relación contractual.[23] Es así, que es posible dar una primera respuesta en cuanto al choque contra el principio de la relatividad contractual y decir, en palabras de Fernando Cantuarias y Roque Caivano que:

> Esta regla, que no significa romper con el principio básico conforme el cual el arbitraje es estrictamente voluntario, implica que, dadas ciertas circunstancias de hecho particulares, es posible considerar que alguien ha expresado su conformidad a someterse a arbitraje, aun en ausencia de una expresa y forma aceptación.[24]

De esta forma, se puede justificar que en sí no significa que se va a vincular al proceso arbitral a un "tercero", sino que más bien, se trata de vincular a partes sobre quienes recaen los efectos del negocio jurídico celebrado y, que por tanto, están legitimadas para ser partes procesales. Por esta razón, se puede confirmar una vez más que el principio de la relatividad de los contratos no se encuentra vulnerado, ya que basados en los hechos particulares de cada caso, se puede concluir que no es un tercero, sino parte sustancial del negocio jurídico, separada de la formal.

5.3 El consentimiento implícito como medio de suscripción del convenio arbitral

Debido a que en aplicación de la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios no existe una manifestación expresa de la voluntad, es necesario un medio distinto para suscribir este negocio jurídico. Este medio distinto de celebrar el convenio arbitral es a través del consentimiento implícito.

Eduardo Silva Romero señala que el principio del consentimiento implícito es el que permite derivar de la participación de una parte en la negociación, celebración, ejecución o resolución del contrato su aquiescencia a someterse al convenio arbitral.[25] Es decir que el consentimiento implícito se requiere para mostrar la existencia de una intención de que la parte que no ha firmado el contrato, desea

21 Cfr. Hugo García Larriva. "Partes No Signatarias del Convenio Arbitral: Entre la Realidad Económica y la Ficción Jurídica". *Revista de Arbitraje* (2011), p. 17.

22 CCI No. 7604-7610. Cámara de Comercio Internacional. 1995

23 Cfr. Francisco Orrego Vicuña. *La extensión de la cláusula Arbitral a Terceros: Realidades económicas y ficciones jurídicas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011. p. 363.

24 Eduardo Silva Romero. "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje". *Lima Arbitration* (2010 / 2011) p. 60.

25 Eduardo Silva Romero. "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje". *Lima Arbitration* (2010 / 2011) p. 62.

que se le aplique tanto el contrato principal como la cláusula arbitral.

Siguiendo la misma línea de pensamiento la Corte de Apelaciones de París dentro del fallo paradigmático, llamado caso "Jaguar", precisó el principio del "consentimiento implícito" con las siguientes palabras:

> [E]n el derecho del arbitraje internacional, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato cuando su situación y sus actividades hacen presumir que han tenido conocimiento de la existencia y del alcance de la cláusula, con el fin de que el árbitro pueda familiarizarse con todos los aspectos económicos y jurídicos de la controversia.[26]

Por su parte, Jean-Claude Dubarry y Eric Locquin, árbitros en el caso Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd., precisaron que: "[l]a extensión resulta de la implicación del operador en la ejecución del contrato (elemento objetivo) y de la presunción de conocimiento de la cláusula compromisoria que resulta de su situación o de sus actividades (elemento subjetivo)."[27] De la misma manera, en sentencia de 16 de octubre del 2003, el Tribunal Federal Suizo rechazó un *recours de droit public* (recurso de anulación) en contra de un laudo CCI en el cual se había decidido que:

> El fundamento jurídico de la extensión de la cláusula compromisoria a un tercero no signatario reside en los usos del comercio internacional, en virtud de los cuales la participación de un no signatario en la negociación o ejecución del contrato constituye el elemento determinante. La posibilidad de tal extensión es admitida por el derecho suizo bajo el fundamento de la voluntad real de las partes, o en su defecto, bajo el principio de la buena fe.[28]

Así, es posible constatar que para consentir somenterse a un convenio arbitral basta el consentimiento implícito. Este existe, simplemente, con una conducta de la cual, a través de un proceso de deducción lógica, se hace posible extraer una conclusión inequívoca, y desprender una manifestación de voluntad implícita.

Adicionalmente, la teoría del consentimiento implícito posee dos ventajas básicas debido a su naturaleza general. Una de estas ventajas es su flexibilidad y adaptabilidad, lo que faculta a cortes y tribunales a que la apliquen dentro de una gran variedad de escenarios. La otra ventaja es que se basa en conceptos fundamentales de los contratos, lo que ha permitido que esta teoría trascienda barreras nacionales, razón por la cual en ocasiones ha sido tomada como un principio transnacional[29].

Luego de todo lo expuesto, podemos rescatar dos puntos concretos. El primero es que una parte puede no haber concurrido a la celebración del contrato pero, aun así, ser parte del centro de interés negocial. Lo segundo es que si la parte no firmante del contrato actúa en el mismo de manera que haga evidente que posee un interés en el negocio jurídico, podrá ser vinculada al convenio arbitral a través del consentimiento implícito demostrado. Esta es la hipótesis general utilizada en las diversas teorías de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros, las cuales serán analizadas en el punto a seguir.

26 *Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd.* Corte de Apelación de París. 7 de diciembre de 1994

27 Ibíd.

28 Decisión del tribunal Federal Suizo. *Revue de l'Arbitrage No. 34P-115/2003*. Sentencia de 16 de octubre de 2003.

29 Cfr. Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 129.

6. Teorías de joinder

Este principio del consentimiento tácito es fundamental para la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, ya que en virtud del mismo se desplegarán diversas teorías para vincular a terceros al proceso arbitral. Las principales teoría utilizadas en el arbitraje comercial internacional, a su vez comparten rasgos similares. Estas son las siguientes: Teoría del grupo de sociedades y la Doctrina de los actos propios.

6.1 La teoría del grupo de sociedades

La teoría del grupo de sociedades se basa en la extensión del convenio arbitral, firmado por una o más compañías de un grupo, alcanzando a un miembro no signatario del contrato perteneciente al mismo grupo de compañías.[30] Esta posibilidad parte de la idea de que los grupos multinacionales que operan a través de varias filiales, subsidiarias o compañías *holding* , deben ser tomados como una unidad y no como varias entidades independientes.

Esta doctrina parecería ir en contra del principio de la relatividad de los contratos ya que un acuerdo arbitral celebrado por una compañía de un grupo no podría vincular a otro miembro, el cual posee personalidad jurídica diferente. Sin embargo, el consentimiento implícito juega un papel preponderante en la aplicación de esta teoría, por lo que es posible conciliar la aparente contrariedad con el principio de la relatividad.

Así, un tribunal extenderá los efectos de una cláusula arbitral a un no signatario miembro de un grupo de compañías, en tanto y en cuanto, se demuestre que éste dio su consentimiento de manera implícita, de modo que las partes firmantes lo hayan tomado como una parte más del contrato. Para esto, la teoría del grupo de sociedades cuenta con tres requisitos concurrentes para su aplicación.

El primero es la existencia de un grupo de compañías bajo una estructura cohesiva. Los tribunales examinarán la estructura del grupo de compañías, la cual debe ser cercana y, además, debe contar con fuertes vínculos financieros y organizacionales.[31] Asimismo, se puede evidenciar una estructura cohesiva cuando varias compañías comparten derechos de propiedad intelectual, activos, recursos financieros o humanos, cuentas de bancos, nombre corporativo y marcas.[32]

El segundo requisito corresponde a la conducta decisiva que desarrollan los no signatarios en la vida contractual.[33] Esto es, la participación de la compañía no signataria en la negociación, ejecución o terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral. Esto puede verse claramente reflejado en el caso 6000 de la Cámara de Comercio Internacional donde el tribunal, luego de haber constatado el rol activo de la compañía no signataria en la vida contractual, decidió extender los efectos del convenio arbitral con base en la identidad única entre las compañías demandadas.

Finalmente, el tercer requisito es la intención común de las partes de acudir a arbitraje. Esto es, que la estructura del grupo y la participación activa del no signatario debe ser tal, que sugiera que su intención era vincularse al convenio arbitral con las partes.[34] El

30 Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 149.

31 Cfr. Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 154.

32 *Id.*, p. 155.

33 Cfr. Fouchard, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1999, p. 284.

34 Cfr. Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 162.

tribunal debe examinar si el grupo de compañías hizo creer razonablemente a la contraparte que el miembro no signatario era efectivamente parte del contrato aunque no lo haya firmado. Esto podrá inferirse si el no signatario tiene un interés en conducir los negocios con el grupo de compañías en conjunto.

Luego de que convergen estos requisitos, se constituye *facta concludentia* de que dos o más compañías actúan como una misma realidad económica. Es por esto que el Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional en el caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain* , concluyó que era pertinente extender la cláusula arbitral a empresas dentro del grupo de sociedades con base en que:

> "[…] la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos."[35]

Lo que se puede extraer de los casos planteados es que la conducta de las partes resulta ser lo decisivo en la vida contractual. Por tanto, es posible concluir que al cumplir los tres requisitos mencionados, es indudable que las partes actúan como una misma realidad económica. En consecuencia, los efectos del convenio se extienden al miembro no signatario del grupo de compañías.

6.2 *Estoppel* o doctrina de los actos propios

La doctrina de los actos propios implica que "nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro."[36] Si la compañía que toma parte en la celebración o ejecución del negocio jurídico optara por el disenso en cuanto a la cláusula arbitral, constituye una clara contradicción con lo actuado por el mismo sujeto, defraudando así la confianza razonable creada en la contraparte.[37]

La hipótesis de esta doctrina se da cuando una parte pretende evitar la vía arbitral propuesta por la contraparte luego de que su conducta hizo creer razonablemente que había expresado su aceptación con el contenido del contrato y, a su vez, con el convenio arbitral.[38] Por ejemplo, en el caso *Deloitte Noraudit A/S c. Deloitte Haskins & Sells* , la Corte de Apelación de Estados Unidos impidió que la compañía desconociera su obligación de acudir a arbitraje dispuesta en la cláusula incorporada en una carta de intención, la cual la compañía no había firmado pero cuyos beneficios ya había aceptado y de los cuales había usufructuado.[39]

La doctrina de *estoppel* , de forma similar, proviene tradicionalmente del principio legal *non venire contra factum proprium*. Esta regla posee una estrecha relación con el reproche de toda conducta dolosa y con la necesidad de proteger la confianza generada en la contraparte. Dicho esto, es posible colegir que la doctrina en cuestión resulta una aplicación del principio de buena fe expresado en el artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano, así como también en el artículo 1.8 de los Principios

35 Corte de Apelación de Parìs. *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain.* Caso No. 4131. Sentencia de 23 Septiembre de 1982.

36 Marcelo J. López Mesa . *La Doctrina de los Actos Propios.* Tesis de grado. Universitas Javeriana Educación , 2009, p. 191

37 William W. Park. "Non signatories and International Contacts: an Arbitrator's Dilemma". *Multiple Party Actions in International Arbitration 3.* Oxford: Oxford University Press, 200, p. 21

38 Cfr. Stavros Brekoulakis. *Third Parties in International Commercial Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 133.

39 Ibíd., p. 134.

UNIDROIT 2010.

Las Cortes han repetido en varias ocasiones que la investigación que se realiza para aplicar la doctrina de *estoppel* debe basarse en una revisión cuidadosa de las circunstancias fácticas del caso.[40] Así, Roque Caivano explica que para poder extender los efectos de un convenio arbitral a una parte no signataria deben concurrir las siguientes situaciones:

1. Que la parte haya desempeñado un papel activo en las negociaciones de las cuales surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral;

2. Que la parte esté involucrada, activa o pasivamente, en la ejecución del contrato; y

3. Que la parte haya estado representada, efectiva o implícitamente, en el negocio jurídico.[41]

Como hemos podido observar, es en estos casos donde el término "parte no signataria" encuentra su real significado ya que se refiere a una parte que ha consentido someterse a arbitraje aunque no haya firmado el convenio arbitral. De esta manera, las cortes nacionales y tribunales arbitrales han podido evitar que actos de mala fe entre los comerciantes prosperen, haciendo prevalecer la realidad sobre la formalidad.

7. Conclusiones

La regla en materia de negocio jurídico ha sido y continúa siendo que cualquier contrato, como la cláusula arbitral, sólo tiene efectos respecto de las partes que lo celebraron. Sin embargo, el rápido desenvolvimiento del mundo de los negocios muchas veces se adelanta a lo que la ley es capaz de prever y en consecuencia es necesario reconocer algunas excepciones al principio de la relatividad contractual. Como se ha podido explicar, lo que se intenta en los tribunales arbitrales es priorizar la realidad sobre la forma. Es decir que a pesar de que un tercero no haya sido firmante directo del convenio arbitral no significa que, tomando en cuenta el principio de la buena fe y su participación en el negocio, no se puedan extender los efectos del mismo y verse obligado a ser parte del proceso arbitral.

Así, las partes de un convenio arbitral pueden incluir en el proceso a un tercero no signatario con base en el consentimiento implícito. Esta voluntad implícita, además de ser una expresión válida para someterse a arbitraje, es también ampliamente aceptada por las cortes internacionales. Por tanto, no existe un perjuicio para el principio *res inter alios acta* ya que si bien no fueron parte formal del convenio, éstos terceros fueron parte sustancial, es decir, partes genuinas del contrato por lo que son alcanzados por los efectos de la cláusula.

Analizado de esta manera queda claro que tampoco se ve mermada la seguridad jurídica, debido a que será el análisis de las situaciones fácticas el punto determinante para justificar la vinculación a terceros no signatarios. Consecuentemente, el carácter voluntario del arbitraje sigue intacto, ya que lo que se ha desarrollado por medio de la jurisprudencia y doctrina internacional es la interpretación que se le da a la manifestación de voluntad, admitiendo que ésta puede presentarse en diversas formas.

40 Corte de Apelación de Estados Unidos. *Smith/Enron Cogeneration c. Smith Cogeneration Int'l*. Sentencia del 15 de septiembre de 1999.Corte de Apelación de Estados Unidos. *JLM Industries c. Stolt Nielse S.A.* Sentencia del 3 de febrero de 2004.

Corte de Apelación de Estados Unidos. *Astra Oil c. Rover Navigation*. Sentencia del 22 de Septiembre de 2003.

41 Roque Caivano. *Arbitraje*. Buenos Aires: AD-HOC, 2000, p. 139

Para concluir, tan sólo queda resaltar que no se puede dejar de lado la importancia del criterio del juez o el árbitro, que en definitiva será quien podrá ponderar en base a las circunstancias fácticas, para así evitar que las propias reglas jurídicas jueguen en contra de los principios de buena fe y equidad por los que fueron creadas.

8. Bibliografía

Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo segundo.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

Aylwin Azócar, Patricio. *El Juicio Arbitral.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Bermann, George. "The Gateway Problem in International Commercial Arbitration." *The Yale Journal of International Law.*

Brekoulakis, Stavros. *Third Parties in International Commercial Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2010.

Caivano, Roque. *Arbitraje.* Buenos Aires: AD-HOC, 2000.

Caivano, Roque. *El Arbitraje y Grupo de Sociedades. Extensión de los Efectos de la Cláusula Arbitral a quienes no han sido Signatarios.* Lima Arbitration. (2006).

CCI No. 6519. Cámara de Comercio Internacional. 1991

CCI No. 7604-7610. Cámara de Comercio Internacional. 1995

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

Corte de Apelación de Estados Unidos. *Astra Oil c. Rover Navigation.* Sentencia del 22 de Septiembre de 2003.

Corte Suprema de los Estados Unidos. *At&T Technologies c. Communications Workers.* Caso Nº 475 U.S. Sentencia de 7 de abril de 1986.

Corte de Apelación de Estados Unidos. *JLM Industries c. Stolt Nielse S.A.* Sentencia del 3 de febrero de 2004.

Corte de Apelación de Estados Unidos. *Smith/Enron Cogeneration c. Smith Cogeneration Int'l.* Sentencia del 15 de septiembre de 1999.

Corte de Apelación de París. *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain.* Caso No. 4131. Sentencia de 23 Septiembre de 1982.

Corte de Apelación de París. *Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd.* Sentencia de 7 de diciembre de 1994.

Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. *Procter & Gamble c. Agencia Almadena S.A.* 2 de Junio de 1999.

Decisión del tribunal Federal Suizo. *Revue de l'Arbitrage No. 34P-115/2003.* Sentencia de 16 de octubre de 2003.

Galliard, Emmanual y Savage, John. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration.* Cambridge: Kluwer Law International, 1999.

García Larriva, Hugo. "Partes No Signatarias del Convenio Arbitral: Entre la Realidad Económica y la Ficción Jurídica". *Revista de Arbitraje* (2011).

González de Cossío, Francisco. *Arbitraje.* México: Editorial Porrúa, 2008.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 Suplemento de 14 de diciembre de 2006.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

López Mesa, Marcelo. *La Doctrina de los Actos Propios.* Tesis de grado. Universitas Javeriana Educación, 2009.

Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General.* Segunda Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

Orrego Vicuña, Francisco. *La extensión de la cláusula Arbitral a Terceros: Realidades económicas y ficciones jurídicas.* Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011.

Park, William. "Non signatories and International Contacts: an Arbitrator's Dilemma". *Multiple Party Actions in International Arbitration 3*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Principios UNIDROIT sobre Los Contratos Comerciales Internacionales, 2010.

Silva Romero, Eduardo. *El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje.* LIMA ARBITRATION, 2010 / 2011.

Spota, Alberto. *Contratos Instituciones del Derecho Civil.* Argentina: La Ley, 2009.

LAW REVIEW

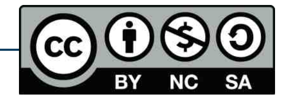
RICARDO MONTALVO
ricardo.montalvo@estud.usfq.edu.ec

La vulneración a los límites de la potestad reglamentaria en Ecuador

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto exponer algunos límites a la potestad reglamentaria de la Administración y determinar si éstos son aplicados en el Ecuador. Para ello, he expuesto brevemente qué es el reglamento y la naturaleza de la potestad reglamentaria. Posteriormente, he analizado, mediante ejemplos, la vulneración dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano a varios límites de esta potestad como la competencia, jerarquía normativa y reserva de ley. De esta forma, planteo que estas vulneraciones pueden ser, a veces irrelevantes, y otras veces trascendentales para provocar la conculcación de principios generales del Derecho Administrativo.

Palabras clave: Reglamento, potestad reglamentaria, límites, competencia, jerarquía normativa, reserva de ley, vulneración.



1. Introducción

El reglamento es, por excelencia, la mejor forma en la que la Administración expresa su potestad normativa. Sin embargo, esta potestad debe respetar ciertos límites para que el reglamento expedido sea acorde a principios jurídicos universales. En Ecuador existen varios desfases teóricos y prácticos que permiten que estos límites no se apliquen y generen una contradicción entre el "deber ser" del reglamento y lo que éste efectivamente es en el ordenamiento jurídico nacional.

A través de este trabajo mostraré varias divergencias entre lo que el Derecho ecuatoriano prescribe y lo que la doctrina universal sostiene sobre los límites de la potestad reglamentaria.

En primer lugar, expondré un breve concepto de lo que es el reglamento. En segundo lugar, definiré la potestad reglamentaria y sus orígenes. Por último, analizaré si el ordenamiento jurídico nacional cumple los límites de esta potestad o los excede, extrayendo varias deficiencias teóricas y prácticas de reglamentos dentro del marco jurídico ecuatoriano. De esta forma, evidenciaré que estos errores desembocan en incongruencias, en algunas ocasiones inocuas, y en otras perjudiciales para la seguridad jurídica y el principio de división de poderes, estandartes fundamentales en un Estado de Derecho.

2. Generalidades del reglamento

Según Eduardo García de Enterría, "se llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración".[1] Ramón Parada lo define de forma similar, al considerarlo como "toda norma escrita con

rango inferior a la ley dictada por la Administración Pública".[2]

Las anteriores definiciones y características entienden al reglamento, ampliamente, como cualquier acto normativo emitido por la Administración. Sin embargo, al reglamento también se lo entiende bajo una noción restringida. De acuerdo a ésta, se define al reglamento como "un conjunto de normas generales, abstractas y obligatorias, expedidas exclusivamente por el Presidente de la República para facilitar el cumplimiento de la ley expedida por el Congreso."[3]

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la concepción del reglamento está estrechamente relacionada con la doctrina restrictiva del Derecho Administrativo. Es decir, el reglamento se entiende únicamente como el acto de la administración de carácter general y objetivo, que sólo puede considerarse como tal cuando haya sido expedido necesariamente por el Presidente de la República. Consecuentemente, se lo define como "la norma de naturaleza administrativa por excelencia […], cuyo origen está en la potestad reglamentaria otorgada [exclusivamente] al Presidente".[4]

Lo expuesto se puede observar claramente en la Constitución, en su artículo 147, donde una de las atribuciones y deberes del Presidente de la República radica en "expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración."[5]

Por ende, si no es dictado por el Ejecutivo, carece de legitimidad y legalidad en razón del órgano competente que lo expide. Sin embargo, esto no significa que los demás órganos del Estado no puedan emitir actos de carácter general. Para abarcar a todos estos actos, la legislación nacional les ha dado el nombre de actos normativos, y los define como "toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa."[6] Estos actos normativos se encuentran concebidos en otras legislaciones que han recogido la teoría restrictiva, como Colombia, donde sus actos son llamados actos administrativos de carácter general.[7]

"El acto normativo es un concepto jurídico más amplio que el del reglamento, pues comprende tanto a los reglamentos así como a las decisiones o resoluciones administrativas con carácter general."[8] Es decir, se puede considerar al reglamento como una especie dentro del género acto normativo, que se rige bajo los mismos principios pero que tiene distinta naturaleza.

1 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid: Catedráticos de la Universidad Complutense de Madrid, 2005. p. 183

2 Ramón PARADA. *Derecho Administrativo I: Parte General.* Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 58

3 Jairo RAMOS ACEVEDO. *Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano.* Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2003. p. 79.

4 Javier ROBALINO. La Ley, El Reglamento y el Acto Normativo en el Ecuador." *Memorias Del VI Foro Iberoamericano De Derecho Administrativo, VIII Jornadas De Derecho Constitucional y Administrativo.* Universidad Externado De Colombia (2007): 589-624. p. 608.

5 Javier ROBALINO. *Óp. cit.* p. 607.Constitución de la República del Ecuador. Art. 147. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

6 Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 80. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

7 Cfr. Jaime SANTOFIMIO GAMBOA. "Panorama General del Derecho Administrativo en Colombia". Encontrado en: El Derecho Administrativo Iberoamericano (2005): ps. 185-278. p. 223.

8 Javier ROBALINO. *Óp. cit.*, p. 611.

3. La potestad reglamentaria

La facultad de la Administración Pública para dictar disposiciones que faciliten la aplicación de leyes así como actos de carácter general subordinados a la ley se conoce como potestad reglamentaria.[9] Su origen tiene una justificación tanto material como formal. [10] En cuanto a la justificación material, en las sociedades democráticas actuales el crecimiento demográfico, el desarrollo de las ciudades y los progresos de las ciencias, técnicas y artes mantienen en constante evolución a la sociedad. En consecuencia, ésta demanda una intervención directa del poder público.[11] Precisamente, el Poder Ejecutivo está en contacto con esta realidad y es apremiado constantemente por los problemas del Estado, por lo que su titularidad en relación a esta potestad se encuentra plenamente justificada.[12]

Ahora, respecto a la justificación formal, se concibe que la Administración pueda emitir reglamentos porque la Constitución le otorga esa potestad. Por consiguiente, actúa de acuerdo al principio de legalidad, que constituye un principio constitucional evidente, tradicional e innegable.[13] Cabe recalcar que la potestad reglamentaria no es una delegación de la potestad legislativa, sino una potestad autónoma otorgada a la Administración.

Así es entendible, por tanto, que a través del reglamento se creen efectos jurídicos generales, objetivos y directos, como ocurre con otras normas jurídicas, sin la posibilidad de que se atente contra la teoría de la división de poderes, fundamental para el adecuado desarrollo y cumplimiento de principios inmutables dentro de un Estado de Derecho.

Si bien a través de la potestad reglamentaria la Administración adquiere la capacidad de dictar normas, existen ciertos límites que los reglamentos deben respetar para ser plenamente válidos y eficaces. Estos límites constituyen una demarcación al principio de la potestad reglamentaria, y pueden ser sustanciales o formales[14].

Si estos límites son rebasados, el reglamento resulta viciado, tornándose ilícito. La sanción que recibe es la nulidad de pleno derecho, cuya acción no prescribe y puede ser, o alegada por las partes, o declarada de oficio por la autoridad administrativa competente.[15]

4. Transgresiones a los límites a la potestad reglamentaria

Algunos límites a la potestad reglamentaria que la doctrina considera deben regir al ordenamiento jurídico son la competencia, la jerarquía normativa y la reserva de ley.[16] No obstante, en Ecuador estos límites no son respetados. En primer lugar, existen reglamentos que no son emitidos por autoridad competente. En segundo lugar, la Constitución no recoge la jerarquía normativa que según la doctrina debe aplicarse a los reglamentos y demás actos normativos. Por último, no se obedece el principio de reserva de ley, pues algunos reglamentos tratan materias que, de acuerdo a la Constitución,

9 Cfr. Moisés VARGAS. "La potestad reglamentaria". Doctrinas esenciales: Derecho Constitucional. pp. 89-116. Obtenido en: http://vlex.com/vid/potestad-reglamentaria-233208789 (acceso: 29/05/2013).

10 Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. *Óp. cit.*, p. 188.

11 Cfr. Andrés SERRA ROJAS. *Derecho Administrativo: Doctrina, Legislación Y Jurisprudencia*. México: Porrúa, 1999. p. 203.

12 *Ibid.*

13 Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Óp. cit.* 188.

14 Cfr. Andrés SERRA ROJAS. *Óp.cit.* p. 204.

15 Cfr. Ramón PARADA. *Óp. cit.* p. 223.

16 *Id.*, p. 224.

únicamente les competen a las leyes.

4.1 Competencia

El primer requisito para que un reglamento sea válido, y que impone el primer límite a la potestad reglamentaria de la Administración Pública, radica en que el órgano que lo dicte tenga competencia para hacerlo.

La competencia reglamentaria es inherente a la función administrativa. Así lo sostiene DROMI, de acuerdo a quien:

> [La] Administración tiene a su cargo múltiples cometidos, para cuyo cumplimiento eficiente necesita realizar operaciones materiales y dictar normas generales. [Es decir], la competencia reglamentaria radica, pues, en la propia naturaleza de la función administrativa.

De acuerdo a la doctrina restringida, sólo el Presidente está facultado por la ley para emitir reglamentos válidos y eficaces. Ya que nuestro ordenamiento ha acogido la doctrina restringida del reglamento, la diferencia entre reglamento y acto normativo existe y debe ser respetada, aunque parezca sólo nominativa.

En caso de no respetarla, los órganos que emitan reglamentos y que no sean el Presidente viciarían de nulidad sus actos, por ser incompetentes y no gozar de esta potestad otorgada por la Constitución. Precisamente, ciertos órganos de la Administración Pública han hecho caso omiso de lo dispuesto en la Carta Magna, utilizando indistintamente el término "reglamento" y adoptando una perspectiva amplia que ni la Constitución ni la Ley reconocen.

Los reglamentos pueden ser dictados por otros órganos que no son el Presidente cuando éste les ha delegado dicha potestad o cuando existe disposición legal expresa[17]. Sin embargo, existen instituciones que, sin gozar de esta delegación, emiten actos normativos bajo la denominación de reglamentos. Así ocurre con el Reglamento de Procedimientos Especiales para la Adquisición de Fármacos en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS, dictado por el Concejo Directivo del IESS.

Este es un acto normativo de aplicación general que se dirige a un grupo concreto (contratistas del IESS y el mismo IESS), cuyo objetivo es establecer los procedimientos administrativos especiales de adquisición de fármacos.[18] Si bien el Concejo goza de la potestad para emitir actos normativos de esta calidad,[19] al denominarlos reglamentos irrespeta la clara competencia exclusiva y excluyente del Presidente, prescrita en la Constitución. En consecuencia, su acto se encuentra, *stricto sensu,* viciado, y es susceptible de nulidad.

Sin embargo, esta contravención al ordenamiento jurídico nacional no genera un verdadero perjuicio a los administrados. Se trata de una confusión de conceptos por parte del órgano emisor, que por ello no cambia de forma alguna los efectos que produce el acto. Por consiguiente, si bien técnicamente el acto normativo se encuentra viciado,

17 Cfr. Jairo RAMOS ACEVEDO. *Óp. cit.* p. 82

18 Reglamento de Procedimientos Especiales para la Adquisición de Fármacos en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS. Art. 1. Registro Oficial Suplemento 510 de 20 de enero de 2009.

19 Art. 10 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de acuerdo al que "Para casos especiales que tengan que ver con medicinas y protección de la salud, sectores estratégicos o adquisiciones de bienes y servicios cuya especificidad lo justifique, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, en coordinación con las entidades contratantes y reguladores correspondientes, podrá establecer requisitos de preselección para la habilitación en el Registro Unico de Proveedores, RUP".

se puede atribuir a errores que no generan una vulneración.

4.2 Jerarquía normativa

Estrechamente ligado al límite de competencia, se encuentra el de jerarquía normativa. De acuerdo a éste, existe una relación de subordinación entre los distintos preceptos que pertenecen a un sistema jurídico.[20] La norma fundamental del sistema se encuentra en lo más alto de la "pirámide del sistema", y de ella se derivan las demás. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico tiene un límite superior y uno inferior que debe ser respetado. De esta forma, la jerarquía actúa como una directriz que permite identificar las normas del sistema, su validez, y constituye un método para la resolución de antinomias, otorgando unidad y cohesión al orden jurídico.[21]

De acuerdo a Hans Kelsen, en el punto más alto de la pirámide se encuentra la Constitución, norma jurídica suprema bajo la cual se encuentran subordinadas las demás normas. En segundo lugar está la ley, originada del poder legislativo y sujeta a la condición de ser acorde a la Constitución. Posteriormente, se encuentran normas de ejecución de carácter general, como los reglamentos expedidos por la Administración.[22]

La prevalencia de la ley sobre el reglamento asegura el principio de división de poderes dentro de un Estado de Derecho. Como indica García de Enterría, "el reglamento no puede presentarse como una voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto".[23] Este carácter secundario y de jerarquía menor del reglamento frente a la ley provoca que éste no pueda derogarla, así como que existan materias que la ley puede tratar, pero el reglamento no.

Adicionalmente, dentro de los propios reglamentos existe una jerarquía, dependiendo de qué órgano realizó su expedición. Por lo tanto, los reglamentos se ordenan según la posición en la organización administrativa del órgano que los dicta, sin que en ningún caso el reglamento dictado por el órgano inferior pueda contradecir al dictado por el superior. Eso sí, al tratarse de normas, los reglamentos son jerárquicamente superiores a los actos administrativos, expresiones de la potestad de la administración de carácter subjetivo.[24]

Si bien los actos normativos gozan de una supremacía sobre los demás actos de la administración debido a sus características inherentes de generalidad y objetividad, en la Constitución ecuatoriana esta concepción doctrinaria no se cumple. Esto se puede evidenciar claramente en lo expresado en el artículo 425 de la Constitución, donde se indica el orden jerárquico de las normas dentro del ordenamiento ecuatoriano.[25] Éste se determina de la siguiente manera:

20 Cfr. Eduardo GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al estudio del derecho.* México: Editorial Porrúa, 2003. p. 83.

21 Cfr. Hans KELSEN. *Teoría pura del Derecho.* México D.F.: UNAM, 1986. p. 232.

22 *Ibid.*

23 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Óp. cit.* p. 182.

24 Cfr. *Id.*, p. 212.

25 Constitución de la República del Ecuador. Art. 425. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

> […] la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales; las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Esta jerarquía planteada no se encuentra bien desarrollada, pues algunas categorizaciones se plantean de acuerdo a la forma en la que los órganos se pronuncian, y no de acuerdo al fondo que éstos traten. Por ejemplo, según el artículo referido, los decretos expedidos por el Presidente de la República, así como los reglamentos, gozan de la misma jerarquía por el simple hecho de ser expedidos por el mismo órgano. El decreto es una denominación de la forma en que el Presidente expresa sus potestades públicas, cualesquiera que estas sean.[26] Éste puede contener, tanto reglamentos, como actos administrativos.

Al ubicar en la misma categoría a todo decreto y al reglamento, los actos administrativos por parte del Presidente se encuentran al mismo nivel que sus actos normativos, cuando los primeros deberían ubicarse en una jerarquía menor. Esta jerarquización podría conllevar a que un acto administrativo derogue un reglamento, si el acto administrativo fue dictado con posterioridad, y constituye una violación innegable al principio de jerarquía de los actos normativos.

Asimismo, otra violación, incluso más grave que la mencionada en líneas anteriores, radica en que los demás actos normativos (ordenanzas y resoluciones) se encuentren en un rango inferior que cualquier acto emitido por el Presidente.[27] Esto es totalmente incongruente, pues la Constitución permitiría que el Presidente pueda modificar, a discreción, a través de reglamentos y, peor aún, actos administrativos, los actos normativos emitidos por los gobiernos autónomos descentralizados con los que tenga competencias concurrentes.

Por lo tanto, la jerarquía normativa expuesta en la Constitución atenta contra el principio general de jerarquía normativa, y podría generar inseguridad jurídica al otorgar una mayor jerarquía a la Administración central que a los gobiernos autónomos descentralizados.

4.3 Reserva de ley

La jerarquía normativa involucra que existan materias que la ley puede tratar y los preceptos jurídicos inferiores, como los reglamentos, no. Esto constituye el tercer límite a la potestad reglamentaria de la Administración, conocido como reserva de ley. La reserva de ley es "un mecanismo a través del cual el principio de legalidad se hace efectivo, pues trata de garantizar la exigencia de que sean los ciudadanos, por medio de sus representantes [en el órgano legislativo], quienes regulen determinadas materias [o circunstancias fundamentales para la sociedad], como la carga tributaria o los tributos que se deban asumir".[28]

La reserva de ley puede ser material así como formal. Por un lado, la reserva de ley material comprende "el conjunto de supuestos o materias

26 De acuerdo al numeral quinto del artículo 147 de la Constitución de la República, el Presidente debe "dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control." Es decir, el decreto es simplemente una denominación a través de la cual el Presidente se expresa.

27 Cabe señalar que la excepción a esta jerarquía en la Constitución ecuatoriana se observa en las ordenanzas distritales, que se encuentran en un peldaño jerárquicamente superior a los actos emitidos por del Presidente.

28 María Fernanda SALAS FEBRES. "El papel de la jurisprudencia constitucional en el principio de reserva de ley en materia tributaria", en Eusebio González García, dir. *Temas actuales de derecho tributario.* Barcelona: Bosch, 2005. p. 43.

respecto de los cuales la Constitución exige su regulación por norma con rango de ley".[29] Incluso, si la ley no las regula, estas materias no pueden ser regidas por normas reglamentarias. En tal supuesto, los reglamentos serían nulos, por contradecir preceptos constitucionales.

La reserva formal, a su vez, involucra que cualquier materia, por mínima o intrascendente que sea, cuando es objeto de regulación por ley, no puede serlo del reglamento.[30] Se trata de una exclusión basada únicamente en lo prescrito por la Constitución, sin tomar consideraciones ulteriores de fondo respecto al tema.

La reserva de ley se encuentra recogida en el artículo 301 de la Constitución, tratada específicamente el ámbito tributario. El artículo prescribe que,

> Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

Asimismo, el artículo 4 del Código Tributario establece que "las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones [...]"[31].

Como se observa, sólo la ley puede crear, modificar, exonerar o extinguir impuestos, imposibilitando en consecuencia que los actos normativos, entre los que se encuentran los reglamentos, lo hagan.

Sin embargo, este precepto constitucional no es respetado por algunos reglamentos vigentes dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por ejemplo, el Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno, en su artículo 57, fija ciertas deducciones para los ingresos provenientes de herencias, legados y donaciones que no se encuentran tipificadas en la Ley de Régimen Tributario Interno. Esto contraviene claramente la reserva de ley, al otorgarse deducciones mediante reglamento y no a través de una norma emitida por el poder legislativo.

De igual forma, el Reglamento General de la Ley de Defensa del Artesano, en su primera disposición general, establece que "el Carné Profesional Artesanal otorgado por la Junta Nacional servirá [...] para la exoneración de las obligaciones [...] en impuestos". Si bien las exoneraciones tributarias a los artesanos están fijadas en el artículo 17 de la Ley de Defensa del Artesano, el Reglamento modifica la exoneración, pues su ejercicio está sujeto a la condición de que se deba obtener un Carné Profesional. Así, los artesanos que no cuenten con dicho documento no podrán ejercer este beneficio que la Ley les otorgó, restringiendo mediante un reglamento una exención fijada por la ley.

El principio de reserva de ley se encuentra tan conculcado en el ordenamiento jurídico nacional, que las vulneraciones de las que es objeto no provienen únicamente de reglamentos, sino también de otras clases de actos normativos. Por ejemplo, mediante ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 735 de 31 de diciembre de 2002, se creó la denominada "Tasa por Servicios de Seguridad Ciudadana". Si bien la Constitución faculta que las tasas sean establecidas,

29 Ramón PARADA. *Óp. cit.* p. 59.

30 *Id.*, p. 62.

31 Código Tributario. Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005.

modificadas, exoneradas o extintas mediante acto normativo, está mal llamada "tasa" es realmente un impuesto que debería gozar de reserva de ley.

Una tasa debe nacer con ocasión de la prestación concreta, efectiva e individualizada de un servicio público divisible.[32] Por ello, la tasa es "indiscutiblemente un tributo vinculado, por depender de la realización de la actividad específica del ente público".[33] La Tasa por Servicios de Seguridad Ciudadana no cumple con estos requisitos, pues no nace con ocasión de la prestación de servicios de seguridad, sino con la contingencia de ser propietario o usuario de un bien inmueble dentro del Distrito Metropolitano de Quito[34].

Su existencia no está justificada debidamente en la prestación efectiva de servicio alguno, sino que grava el patrimonio de los contribuyentes en favor de una prestación potencial e indivisible.[35] En consecuencia, se trata de un impuesto creado mediante ordenanza, que vulnera el principio de reserva de ley recogido tanto en la Constitución como en el Código Tributario.

Por lo expuesto, se puede afirmar que, sin lugar a dudas, la reserva de ley no es respetada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto por reglamentos, como por otros actos normativos.

5. Conclusiones

Efectivamente, se ha podido comprobar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar de que se sigue una corriente de pensamiento determinada, existen algunos errores conceptuales en relación al reglamento. Estos errores conceptuales pueden ser, o poco relevantes, o resultar trascendentales y permitir la vulneración de principios básicos y esenciales del derecho público.

Un ejemplo claro de error irrelevante es la utilización de la palabra reglamento para denominar al Reglamento General de Unidades Médicas del IESS, que es más bien un acto normativo, de acuerdo a la doctrina restrictiva acogida por nuestro ordenamiento jurídico. Si bien se demuestra una falta de conocimiento y de técnica jurídica por parte del órgano que lo emitió, y el acto es susceptible de nulidad, no se genera un potencial perjuicio derivado del error a los administrados.

Por consiguiente, es un error subsanable en la medida en que, si se tiene claro el concepto específico aplicable a nuestra legislación, se puede obviar estos errores de forma.

No obstante, pueden denotarse errores de mayor grado e importancia. Respecto a la jerarquía de los actos normativos dentro del sistema jurídico ecuatoriano, el principio de jerarquía normativa es claramente transgredido, al confundir conceptos que podrían permitir una eventual arbitrariedad por parte del poder ejecutivo. Ubicar cualquier decreto presidencial al mismo nivel de un reglamento, y peor aún considerarlo superior a un acto normativo expedido por cualquier otro órgano, es suficiente para suponer que los preceptos de jerarquía que un Estado de Derecho debe sostener son claramente

32 Cfr. César GARCÍA NOVOA. *El concepto de tributo*. Lima: Tax Editor, 2009. p. 290.

33 Gabriela VALDIVIESO ORTEGA. "La desnaturalización de la tasa en Ecuador". Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar: Ecuador, 2010. pp. 118-124.

34 César MONTAÑO GALARZA y Oswaldo SANTOS DÁVALOS. "Análisis del fallo de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dictado dentro del Recurso No. 188-2010, referente a la legalidad de la Tasa por Servicios de Seguridad Ciudadana." pp. 145-167. p. 151.

35 *Id.,* p. 153.

inaplicados. Si un decreto presidencial que contiene un acto administrativo es capaz de modificar un acto normativo dictado por un Ministerio o un Gobierno Autónomo Descentralizado, por el simple hecho de que el primero se encuentra en un grado superior al del segundo, es transgresor de principios doctrinarios claramente establecidos.

Incluir conscientemente una jerarquización normativa de estas características implicaría, *per se*, otorgar mayores poderes al órgano presidencial, pues uno de los órganos de la función ejecutiva del Estado gozaría de más privilegios y prerrogativas, siendo capaz de modificar los actos normativos de los demás órganos competentes a través de un acto administrativo. Incluso, se podría vislumbrar un conflicto entre un acto administrativo dictado por el Presidente y un reglamento que él expida, pudiendo derogar el acto al reglamento por el hecho de ser posterior.

Por último, la vulneración al principio de reserva constituye la violación más significativa y más perjudicial para el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El momento en que reglamentos u otros actos normativos regulan materias que han sido reservadas exclusivamente a la Ley, están tomando potestades que no les corresponden.

La reserva de ley se planteó como un límite a la potestad reglamentaria para que el ejecutivo no tenga la capacidad de interponer a los ciudadanos, a su arbitrio, cargas obligacionales o derechos específicos, sino que simplemente desarrolle los ya fijados por el órgano legislativo mediante Ley. Permitir que aquello ocurra involucra otorgar prerrogativas del poder legislativo al poder ejecutivo, vulnerando así el principio de pesos y contrapesos en un Estado de Derecho.

Por todo lo expuesto, los desfases doctrinarios del reglamento en Ecuador obedecen no sólo a un claro desconocimiento de principios generales que rigen a la institución, sino que han conllevado a la potencial supremacía del Poder Ejecutivo sobre los gobiernos autónomos descentralizados e incluso sobre el poder legislativo en ciertas ocasiones. En consecuencia, las divergencias entre la doctrina han demostrado ser, en ocasiones subsanables, y en otras claramente atentatorias contra principios generales que rigen a los Estados de Derecho actuales.

Bibliografía

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Tributario. Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005.

Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2009.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Catedráticos de la Universidad Complutense de Madrid, 2005.

García Novoa, César. *El concepto de tributo*. Lima: Tax Editor, 2009. p. 290.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México D.F.: UNAM, 1986.

Montaño Galarza, César y Oswaldo Santos Dávalos. "Análisis del fallo de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de

Justicia, dictado dentro del Recurso No. 188-2010, referente a la legalidad de la Tasa por Servicios de Seguridad Ciudadana". Foro: Revista de Derecho; 15 (I Semestre, 2011): pp. 145-167.

Parada, Vázquez José Ramón. *Derecho Administrativo I: Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Ramos Acevedo, Jairo. *Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

Reglamento General de la Ley de Defensa del Artesano. Registro Oficial 255 de 11 de febrero de 1998.

Reglamento de Procedimientos Especiales para la Adquisición de Fármacos en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS. Registro Oficial Suplemento 510 de 20 de enero de 2009.

Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.Registro Oficial Suplemento 209 de 8 de junio de 2010.

Robalino, Javier. "La Ley, El Reglamento y el Acto Normativo en el Ecuador." *Memorias Del VI Foro Iberoamericano De Derecho Administrativo, VIII Jornadas De Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia (2007): pp. 589-624.

Salas Febres, María Fernanda. "El papel de la jurisprudencia constitucional en el principio de reserva de ley en materia tributaria", en Eusebio González García, dir. *Temas actuales de derecho tributario.* Barcelona: Bosch, 2005.

Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. México: Porrúa, 1999.

Santofimio Gamboa, Jaime. "Panorama General del Derecho Administrativo en Colombia". *El Derecho Administrativo Iberoamericano* (2005): pp. 185-278.

Valdivieso Ortega, Gabriela. "La desnaturalización de la tasa en Ecuador". Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2010. pp. 118-124.

Vargas, Moisés. "La potestad reglamentaria". *Doctrinas esenciales: Derecho Constitucional*. pp. 89-116. Obtenido en: http://vlex.com/vid/potestad-reglamentaria-233208789 (acceso: 29/05/2013).